

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA
TECHNIQUE LÉGISLATIVE
EN MATIÈRE
DE CODIFICATION CIVILE

THESE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le Mardi 25 Novembre 1930, à 14 heures

PAR

Alexandre C. ANGELESCO

Président : M. René DEMOGUK, Professeur.

<i>Suffragants</i>	{	MM. ROUAST.....	{	<i>Professeurs</i>
		NIBOYET.....		

PARIS

E. DE BOCCARD, Éditeur

Anciennes Maisons Thorin et Fontemoing

1, Rue de Médicis

1930

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

1930



LIVRE I

Partie Générale



Digitized by the Internet Archive
in 2026

CHAPITRE PREMIER

TECHNIQUE JURIDIQUE

1. « Le développement de la vie sociale donne naissance à un nombre de plus en plus grand d'intérêts très divers qui se heurtent et dont la délimitation et la détermination constituent la tâche du droit¹. » Or le droit, pour répondre à sa tâche, a besoin d'un certain nombre de moyens qui forment l'objet de la technique juridique ; par des procédés d'analyse et de synthèse, il détache de l'ensemble mouvant de nouvelles directives pour la vie. La technique juridique est cet ensemble de procédés assurant la réalisation du droit². Son rôle est grand : elle permet de donner un caractère de positivité, « à des phénomènes physiques, psychologiques, moraux, politiques et économiques³ ».

En faisant entrer les faits dans des moules préalable-
ment établis, elle permet leur réalisation⁴ ; mais ces
faits agissent à leur tour sur les cadres qui les renfer-
ment, pour les rendre plus souples. Il s'établit ainsi des

1. Korkounov, *Cours de Théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, 2^e éd., 1914, p. 7.

2. En ce sens, Istrate Micesco, *La personnalité morale et l'indivision, comme constructions juridiques*, thèse, Paris, 1907 : « En quelques mots et pour préciser davantage, le rôle de la technique est de procurer la plus com-
plète réalisation du droit... », p. 187.

3. G. ny, *Science et technique*, t. III, 1923., p. 9; Nast, Le problème de la personnalité juridique, *Rev. crit. de légis. et juris.*, 1911, page 546.

4. Ihering, *Esprit du droit romain dans les diverses phases de son dévelop-
pement*, trad. Meulenaere, III, 1888. p. 76 : « Le droit n'existe que pour se réaliser.
— La réalisation est la vie et la vérité du droit. — Elle est le droit lui-même.
— Ce qui ne passe pas dans la réalité, ce qui n'existe que dans les lois et
sur du papier n'est qu'un fantôme du droit, ce n'est que des mots. »

rapports réciproques qui assurent le progrès du droit.

Le caractère principal de la technique juridique est d'être une création artificielle, puisqu'elle est le résultat de la volonté humaine¹; aussi trouvons-nous dans tout droit, à côté des éléments matériels fournis par la vie, à côté de ce que GénY appelle « le donné », des éléments artificiels, formels, — objets propres de la technique juridique, « le construit ».

2. La nécessité d'une technique apparaît, — d'une façon inconsciente d'abord, — dès les premiers siècles du droit romain². Les Romains semblent avoir réduit au commencement toute technique législative à une question de terminologie. Cela se conçoit facilement à une époque de formalisme où le mot signifie tout³; l'emploi de mots précis facilite l'usage du droit; c'est l'époque du « culte » des mots conservés par les pontifes. Il faut être reconnaissant à cette classe restreinte, aristocratique, d'avoir jeté dans ses « indigitamenta » les premiers jalons d'une terminologie⁴ qui permettra au droit romain de subsister tant de siècles et qui formera encore aujourd'hui la base de notre langage juridique en matière d'obligations.

Ce n'est que plus tard, à partir de Mucius Scaevola (Consul en 659), qu'une vraie technique juridique apparaîtra : grâce au travail d'analyse et de synthèse des

1. V. en ce sens GénY, *Science et Technique*, t. III, 1923, n° 23, qui nous décrit d'une façon saisissante le caractère artificiel de la technique.

2. Ed. Cuq, *Les Institutions du Droit romain*, t. I, 1891; « La technique de l'ancien droit : le but de cette technique est triple : a) donner une précision suffisante aux règles de droit pour qu'il n'y ait pas d'hésitation dans l'application; b) dégager les principes généraux; c) faciliter l'intelligence et favoriser le progrès du droit par l'ordonnement systématique de ses dispositions et par une terminologie rigoureuse », p. 717; v. aussi. de Pages, *De l'interprétation des lois*, 1925, Bruxelles, t. II, p. 34; Ihering, *op. cit.*; Dans le même sens, Nast, *Le Problème de la personnalité juridique (Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1907, p. 540).

3. Ed. Cuq, *Les Institutions du droit romain*, t. I, 1891. « Les premiers légistes de Rome ont été plus habiles à analyser qu'à construire; ils ne paraissent pas s'être préoccupés de faciliter l'intelligence du droit autrement qu'en s'appliquant à la terminologie... Il ne faut pas confondre cette époque avec la fin de la République ou le Haut-Empire qui nous donnent l'intuition d'un nombre plus ou moins grand de règles de droit à l'aide d'une définition, d'une classification, d'une division » (p. 717).

4. V. Ed. Cuq, *Les Institutions du droit romain*, t. I, p. 717.

juristes du premier et du deuxième siècle, le droit romain devait se développer et atteindre son rayonnement¹ qu'il garde encore aujourd'hui.

Et en effet, « c'est parce que le droit romain a comme découvert et merveilleusement appliqué ces instruments de précision ou plutôt de transposition juridique, cette façon par conséquent de transposer les faits dans le domaine du droit, qu'il a eu et qu'il aura, sous ce rapport, une valeur éducatrice qui restera perpétuelle et universelle² ».

3. Mais quelle que fût l'importance des applications de la technique juridique en droit romain, surtout à la fin de la République et au commencement de l'Empire, il est peu probable que les Romains aient jamais pensé à analyser et à définir cette notion. « Peut-être, ce peuple utilitaire par instinct n'en a-t-il saisi que l'incidente pragmatique³. » Ce qui est certain, c'est que ces questions de technique ne sont à l'ordre du jour que depuis Savigny qui le premier semble avoir décrit d'une façon claire le rôle de la technique juridique⁴.

Il appartiendra à Ihering (dans son *Esprit du droit romain*) d'avoir étudié d'une façon plus précise l'importance de « cette méthode, technique, art juridique » (l'auteur n'est pas encore fixé quant à la terminologie), dans la vie du droit ; il considère d'abord comme objet de technique « tous les concepts du droit et leurs constructions » ; puis il limite le rôle de la technique « à la précision, à l'agencement des concepts⁵ ». Ce dernier sens de la technique juridique se rencontre aussi chez Cuq : *Institutions du droit romain*, t. I, p. 71 ; un pas de

1. V. Cuq, *op. cit.*, p. 38 et suiv.

2. Saleilles, *La réforme de l'enseignement*, *Revue intern. de l'enseig.*, t. I, 1904, p. 322.

3. H. de Pages, *De l'interprétation des lois*, Bruxelles, t. I, 1925, p. 34.

4. V. Savigny, *Von Beruf Unserer Zeit*, 1892, § 2, p. 5, cité par Géný, *Science et technique*, t. III, p. 5.

5. V. sur toute cette question, Géný, *Science et Technique*, t. III.

plus, et la technique juridique comprendra « toute la partie systématique de la jurisprudence ¹ ».

Sans nous arrêter à toutes ces discussions qui seraient sans doute en dehors de notre étude, nous tenons à déclarer que celui qui nous a semblé avoir insisté sur une idée intéressante en notre matière, c'est M. Demogue : dans son livre sur *les Notions fondamentales du droit* ², il voit dans la technique juridique « l'art de concilier les intérêts avec des mesures plus exactement adaptées au but ³ » ; il ajoute aux anciens buts de la technique juridique celui « d'adapter le droit aux circonstances imprévues de la vie ». Nous sommes tout à fait d'accord avec notre distingué Maître : sans doute, il ne faut pas voir dans les formules de la technique juridique des principes trouvant leur raison en eux-mêmes et s'imposant à la vie ⁴ ; elles ne sont que des créations artificielles de l'esprit lui permettant de saisir et de classer sa complexité si mouvante ⁵.

Aussi ces formules doivent-elles avoir les contours suffisamment larges afin de pouvoir évoluer avec le temps ; elles ne sont que des moyens en vue d'un but bien déterminé : assurer une meilleure application du droit ; elles ne peuvent arrêter la vie, mais doivent évoluer avec elle pour pouvoir la servir. Car, « la vie n'attend pas. C'est à la pensée juridique à la suivre, et en fait, il en est ainsi ⁶. »

Le juriste devra abandonner ses anciens concepts et

1. Stammler et Kohler distinguent, *Die Rechtswissenschaft*, la science du droit élaborant par des procédés d'analyse et de synthèse les concepts du droit, et, *Die Rechtstechnik*, la technique du droit qui assure sa réalisation. V. sur tout cela Gény, *Science et Technique*, t. III, p. 10. Même sens dans le texte de Saleilles cité par nous plus haut.

2. R. Demogue, *Notions fondamentales*, 1911.

3. R. Demogue, *op. cit.*, p. 39.

4. V. même sens Picard, *Le droit pur*, 1914 ; Capitant, *Les notions fondamentales du droit*, *Revue trimestrielle*, 1911 ; Guenot, *L'Autoromie de la volonté en droit privé*, thèse Dijon, 1912, p. 263.

5. V. N. Titulesco, *Essai sur la théorie générale des droits éventuels*, thèse Paris, 1907, p. II.

6. Perreau, *Note sur les Notions fondamentales (Feue critique de lég. et de juris.*, 1912) ; même sens, Partheniu, *Le droit civil sur les choses*, thèse Paris, 1908, ; Istrate Micesco, *op. cit.*

en créer de nouveaux lorsqu'une désharmonie trop grande apparaîtra entre eux et la réalité ¹.

La difficulté résulte du fait que la technique juridique, — consistant en moyens de précision, de systématisation du droit, — doit fournir aux techniciens « des directions fermes, des instruments de travail solides ² » ; or ces instruments ne peuvent être trop souvent modifiés sous peine de donner lieu à la pire confusion ³.

Mais, de l'opposition de ces deux besoins, naît un problème qui semble insoluble ; aussi croyons-nous avec Gény que l'assouplissement, l'adaptabilité, est une question de doigté ⁴, d'équilibre qui dépendra du talent des techniciens, — car la technique juridique est avant tout un art ⁵ ; son rôle est avant tout créateur : le juriste ne se contente pas de formuler les phénomènes dont il s'occupe ; il leur imprime souvent un cachet nouveau, tout empreint de sa personnalité. Par là, la technique juridique se distingue de la technique des autres sciences.

Sans nous arrêter aux procédés qu'emploie la technique juridique dans ses constructions et adaptations ⁶, — aux qualités qu'elle doit avoir ⁷, — questions qui ont été examinées d'une façon plus que complète par les auteurs auxquels nous renvoyons, nous constatons que son importance est très grande pour le droit : « Elle doit former la partie principale de toute organisation positive

1. Certains auteurs parmi lesquels Morin, *Loi et Contrat*, p. 3, *L'Individualisme du Code civil*, p. 560, demandent l'abandon des concepts individuels qui sont à la base du Code civil et ne conviennent plus au droit social d'aujourd'hui. Même sens, Titulesco, Micesco, Michoud.

2. Capitant, Note sur « Notions fondamentales Demogue » (*Revue trimestrielle*, 1911).

3. D. Micesco, *Essai sur la technique juridique*, thèse Paris, 1911.

4. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Hale, 1911, croit que le but de la technique juridique est d'exprimer une idée de droit et de la faire comprendre à d'autres (p. 564).

5. « *Ars perfecta juris civilis* ». Sans doute, en tant qu'elle analyse les faits et institutions qui lui sont fournis par la vie, la technique juridique est une science (v. même sens, D. Micesco, Tissier) ; mais lorsqu'elle construit avec ces faits de nouvelles directions et qu'elle les adapte à la vie, elle est un art. Tissier surtout insiste sur le peu d'importance de la technique juridique comme science.

6. V. à ce sujet Albert Tissier, *L'élaboration technique du droit privé positif*, *Rev. trim.*, 1923 ; Gény, *Science et Technique*, t. III, p. 51, 52.

7. Gény, *op. cit.*, p. 36.

du droit¹. » Elle présente des caractères divers, suivant le but auquel elle pourvoit.

4. On peut en effet distinguer différentes sortes de techniques, — suivant qu'on prend comme critère de distinction *sa fonction*², — ou bien encore *la nature du droit* qu'elle sert³. « Toutes ces variétés restent dominées par l'application la plus générale de la technique du droit constituant la *technique juridique fondamentale*⁴. »

L'objet du présent ouvrage portera seulement sur la technique législative qui n'est qu'une subdivision de la technique juridique. La loi n'est qu'un instrument de technique juridique assurant l'application et la précision du droit. « Sa création donne lieu à une élaboration technique spéciale, qui constitue la condition d'efficacité la plus nette de cet instrument de précision du droit. De là, surgit la branche particulière à la technique juridique, qu'on appelle : *technique législative*⁵. »

L'étude de la technique législative formera l'objet de notre second chapitre.

1. Gény, *op. cit.*, p. 2.

2. a) Créatrice : technique législative, technique doctrinaire; b) Interprélatrice : jurisprudentielle.

3. Droit privé, droit public.

4. « Cet effort qui est inhérent à la formation et à l'élaboration internes du droit positif, demeure l'œuvre propre du juriconsulte; il se traduit en ses mille involutions de l'interprétation juridique (*lato sensu*), qui tendent à assigner aux institutions des formes appropriées à leur objet pratique, à les dépouiller d'une individualité décevante, à simplifier les complexités, à faire bon marché des nuances, pour permettre l'assimilation de la substance juridique par le corps social, faire pénétrer le fond des préceptes dans le courant extérieur de la vie de l'humanité et procurer la plus belle réalisation du droit en conformité de la nature des hommes et des choses », Gény *Livre du Centenaire*, t. II, 1904, p. 992.

5. Gény, *Science et Technique*, t. III, p. 60.

CHAPITRE II

TECHNIQUE LÉGISLATIVE

5. La technique législative, c'est-à-dire l'ensemble des règles conformément auxquelles on formule la matière, on exprime et groupe les règles juridiques, est une subdivision de la technique juridique¹. Elle en partage le caractère artificiel qui est d'être un instrument « d'organisation, de mise en œuvre du droit ».

Comme la technique juridique, elle est une « science des moyens » ayant pour but d'assurer la justice et l'utilité sociales.

On peut distinguer avec Gén^y² : a) la technique de la législation fragmentaire ; et b) celle de la codification ; « cette dernière présentant des particularités notables qui tiennent à son but de coordination, de refonte, surtout de « novation législative ». Mais au-dessus de ces particularités, on aperçoit l'idée d'une technique générale de la loi écrite, — d'une spécialité suffisamment déterminée pour donner lieu à une étude homogène.

« Ses principes ne font que se superposer à la matière des règles juridiques qu'ils n'affectent pas dans leur structure profonde. Le fond de ces règles demeure indifférent à la forme que la technique pourrait leur donner,

1. V. Gén^y, *Livre du Centenaire*, t. II, p. 334, la définition de la technique législative ; v. aussi définition donnée par Colmo, *Técnica Legislativa*, Buenos-Aires, 2^e éd., 1927, p. 24 ; Huber, *Exposé de Motifs de l'Avant-projet du Code civil suisse*, t. I, p. 8 : « Le rôle de toute entreprise législative est de formuler et d'ordonner les règles du droit obligatoire ».

2. Gén^y, *La technique législative*, *op. cit.*

parce qu'une vue sommaire les a considérées toutes comme du donné réel au même titre d'intensité. La technique n'influera dès lors que leur mécanisme de fonctionnement, leur mise en page, et l'ensemble des procédés d'exécution et de sanction nécessaires pour assurer la sûreté, la rapidité et la commodité des relations sociales... Il s'ensuit qu'au point de vue de l'élaboration de la loi, une véritable technique, parce que issue du fond même des choses, est susceptible de limiter la toute-puissance législative et de lui imposer certaines règles¹. »

La loi apparaît donc comme *un moyen d'énonciation*, de révélation du droit ; ce pouvoir de formuler, « cette puissance de donner aux règles découvertes l'expression qui leur convient² », est la partie de la technique législative présentant le plus de difficultés³.

En effet, souvent, lors de la rédaction d'une loi, tout le monde est d'accord sur les idées générales devant servir de base ; de sérieuses difficultés apparaissent cependant lorsqu'il s'agit de préciser et surtout de définir.

Car « chaque expression d'une idée doit comprendre son contenu : elle n'a comme tâche que de la comprendre et de la faire comprendre aux autres⁴ ». Pour être bien comprise l'expression doit être simple et précise : or la simplicité ne convient pas à la complexité mouvante de la vie⁵ ; plus un code est moderne, plus il

1. H. de Pages, *De l'interprétation des lois*, 1925, t. II, p. 292-293 ; Zitelmann, *Die Kunst der Gesetzgebung*, 1904, p. 14 ; v. cependant p. 5.

2. Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, 1888, p. 31 ; même sens, Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1922. « La loi n'est pas la source originaire du droit, elle n'en est que la constatation » (p. 23).

3. V. Zitelmann, *Die Kunst...*, p. 14-15 ; même sens, H. de Pages, *op. cit.*, p. 295 et s. ; Ilbert Courtney, *The mechanics of the Law making*, rappelant les paroles de John Austen, *The well known writer on jurisprudence*, l'auteur déclare : « I will venture to affirm that what is commonly called the technical part of legislation is infinitely more difficult than what may be called the ethical. In other words it is far easier to conceive justly what would be useful law, than so to construct that same law that it may accomplish the design of the lawgiver » (p. 98).

4. Stammler, *Théorie der rechtswissenschaft*, Hale, 1911.

5. V. Esmein, *La jurisprudence et la doctrine* (*Revue trimestrielle*, 1902) ; même sens, H. de Pages, *op. cit.*, t. II, p. 297 ; Zitelmann, *op. cit.*, p. 39 ; H.

présentera des contours lâches, peu précis, permettant à la jurisprudence d'assurer son adaptation à la vie.

Ainsi se pose un problème que nous avons rencontré plus haut, et qui naît de la difficulté de concilier « l'ordre et le mouvement ¹ » ; nous croyons ici encore que des règles trop précises ne peuvent exister en notre manière et que tout est une question « d'équilibre, de doigté ».

A côté, et en liaison avec cette importante fonction de la loi, nous en rencontrons une seconde : celle de « refonte, de novation » législative ². La loi doit modifier ses procédés, changer son système lorsqu'il ne peut plus servir la vie. Aussi, l'objet de la technique législative ne portera pas seulement sur la rédaction des lois, mais aussi sur la manière dont se fera leur refonte, leur révision.

6. Nous percevons dès maintenant l'importance des problèmes posés par la technique législative ; néanmoins, des études sur la technique législative en général n'existent que depuis quelques années ³. C'est l'apparition du Code civil allemand, et les discussions auxquelles il donna lieu, qui semblent avoir fait naître de l'intérêt pour toutes ces questions ⁴.

Sans doute depuis toujours des problèmes se référant

Reymond, *Etude sur les institutions civiles de la Suisse*, thèse Genève, 1885 : « le formalisme du droit romain, dit Bluntschli, lui donne une certaine raideur, mais aussi une grande sécurité et une grande clarté » (*Die neueren Rechtsselsulen*, p. 39), p. 219.

1. R. Demogue, *Notions fondamentales*, 1911, p. 209.

2. Gény, *Technique législative*, *op. cit.*

3. H. de Pages, *op. cit.*, p. 297 ; Gény, *Technique législative*, *op. cit.* ; même sens Mallieux, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, 1908. Le jurisculte « ne se préoccupe pas de la méthode que suivra le législateur pour faire des lois utiles et équitables. Sans doute, il lui indique un but à atteindre, dans le précepte qu'il formule, et il l'avertit de prendre en considération pour légiférer les circonstances, le temps et le lieu. Mais outre que par là, re se trouve point définie la méthode d'enquête, les moyens et les procédés à mettre en œuvre pour savoir les besoins et les possibilités d'y pourvoir, il ne prescrit pas de règles pour rédiger les brèves formules qui deviendront les articles d'un code ; il n'indique pas comment il faut exprimer les ordres du législateur » (p. 3).

4. Gény, *Technique législative*, *op. cit.* : « La notion de technique législative ne s'est nettement révélée qu'après l'élaboration du Code civil allemand » ; en sens contraire, Zitelmann, *Die kunst der Gesetzgebung*, 1904, p. 5.

au plan, à la méthode, à la terminologie même, se sont souvent posés lors de la rédaction d'un code¹ : la *Lettre impériale autrichienne* du 4 août 1772 est catégorique à cet égard² ; il en est de même du *Rapport de la commission préliminaire* du 15 avril 1874³ ; on a le sentiment précis, en lisant ces deux textes, que le besoin d'une technique a été toujours ressenti, lors de la rédaction de la loi⁴. Mais ce besoin était plutôt instinctif, inconscient ; nous ne trouvons pas le problème de la technique législative posé dans son ensemble⁵.

Ce sont les codifications allemande et suisse, du commencement de ce siècle, qui ont donné naissance à toute une nouvelle littérature en cette matière⁶ ; on commence à s'occuper plus sérieusement de la tâche du législateur ; sa fonction n'est pas moins importante que celle du juge. Aujourd'hui, surtout, cette tâche est très importante ; le nombre des rapports où le légis-

1. En ce sens, Geny, *op. cit.*, p. 989.

2. Après la rédaction du codex Theresianus (1756), une commission fut chargée par l'acte du 4 août 1772 « de remanier et simplifier le projet et de se régler sur les principes suivants : a) il ne faut pas confondre le code avec un manuel de droit ; b) tout doit être exprimé de la manière la plus concise, les détails devant être omis, ou réduits en formule générale ; c) les équivoques et les obscurités doivent être évitées ». Emmanuel Tilch, Le Code civil général autrichien, son origine et son développement, *Revue de droit international*, 1911, p. 114-115.

3. V. Hölzer, *Kommentar des B. G. B.*, t. I, p. 6 et s. ; Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, p. 5 et s.

4. De même Fenet, *Procès-verbaux de rédaction du Code civil* ; on y rencontre cependant très rarement des discussions se référant à la technique du futur code.

5. Les questions de terminologie, de rédaction des lois ont été l'objet au siècle dernier, d'ouvrages intéressants appartenant à des auteurs tels que : Bentham, Ihering, Summer-Maine, Rousset. Mais ces ouvrages n'étudient pas la question en son ensemble et, en tout cas, ils sont peu nombreux. Nous tenons cependant à ajouter que le but de la technique législative interne se trouve presque énoncé chez Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* : « Le dessin qu'on s'est proposé dans ce livre est... de mettre les lois civiles dans leur ordre naturel, de distinguer les matières du droit, et les assembler selon le rang qu'elles ont dans le corps qu'elles composent naturellement ; diviser chaque matière selon ses parties, et arranger en chaque partie le détail de ses définitions, de ses principes et de ses règles, n'avançant rien qui ne soit ou clair par soi-même ou précédé de tout ce qui peut être nécessaire pour le faire entendre. » Cité d'après Jean Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1926, p. 197 ; Bentham aussi est considéré par certains, « comme le prophète qui imposa la foi en la législation scientifique à l'attention d'une génération d'anglais », Iacey, *Leçons sur le droit et l'opinion publique en Angleterre*, Introduction Jèze, HEC, p. 126.

6. Geny, *La technique législative*, *op. cit.* ; Zitelmann, *Die Kunst*, 1904.

lateur doit intervenir est de plus en plus grand¹ ; en effet, la vie se complique journellement. Or, pour répondre à une telle tâche, « la loi est faite très rarement... satisfaisant dans son contenu et dans sa forme aux exigences qu'on peut poser² ».

Ces paroles, on les entend partout ; la cause, c'est le défaut de technique présidant à la confection des lois : « il nous manque de plus en plus une science de la technique législative³ ». Cette science n'est que dans l'enfance, à l'état inconscient ; il faut prendre conscience de ces règles, afin de savoir les appliquer. Le commencement du xx^e siècle est derrière nous, et avec lui un grand nombre de travaux législatifs. Des observations suffisantes sont réunies pour nous permettre de nous prononcer sur presque tous les problèmes que pose la technique législative. Il faut le faire, car les questions de technique présentent de plus en plus d'importance⁴ ; des problèmes de refonte, d'unification, de révision des anciens Codes se posent aujourd'hui presque partout.

7. Quelle sera la technique à employer dans l'avenir ? Scientifique ou populaire ? Casuistique ou générale ? Le caractère des codes d'avenir sera-t-il purement pratique, ou bien pourra-t-on employer des dispositions doctrinales ? Doit-on être précis même si pas clair, ou doit-on sacrifier la brièveté à la clarté ? Les anciens procédés : renvois, définition, fictions, présomptions, devront-ils être employés à l'avenir ? Ne pourrait-on les remplacer par d'autres procédés ? Et surtout, quelle sera la procédure à suivre pour la rédaction et le vote

1. Sans doute, nous ne croyons pas que la loi doive régler tous les détails de la vie ; elle doit se contenter de poser les principes généraux ; v. sens contraire, Van Bemmelen, *Notions fondamentales du droit civil*, 1892, p. 11 ; nous devons reconnaître que les faits sont en ce sens, le législateur intervient de plus en plus dans les rapports des parties, pour rétablir l'équilibre rompu et pour les rapprocher d'un principe de justice plus élevé. Nous dirons plus loin ce que nous en pensons et les dangers qui peuvent en résulter.

2. Wendt, *Rechtssatz und Dogma*.

3. Zitelmann, Congrès de droit comparé, I, 1900, p. 197.

4. Wendt, *op. cit.*, p. 29 ; v. dans « Leçons d'ouverture » de Courtney Ilbert à la Carpentier Fondation, l'intérêt que cette question soulève en Amérique, Courtney Ilbert, *op. cit.*, p. I.

du Code ? Dans quelle mesure pourra-t-on exprimer dans la loi l'intention du législateur ? Quel sera le caractère des formules ? Enfin, quels seront les différents éléments intervenant dans la rédaction d'un code ? etc....

Bien entendu « ces connaissances ne peuvent jamais être complètes ; à raison de la complexité des circonstances, beaucoup de facteurs se dérobent à l'examen..., l'intuition et la chance sont des qualités qui doivent aider dans cet inconnu. C'est une question d'art¹ ». La technique législative est avant tout un art, un art très difficile, dont la valeur dépendra de celui qui l'applique ; mais pour bien l'appliquer il faut que le législateur en connaisse les principes² ; les lui faire connaître, sera l'objet de cet ouvrage.

En dehors même de cet intérêt pratique, fondamental, qui apparaît lors de la rédaction d'un code, les questions de technique conservent leur valeur. Le fond est profondément uni à la forme ; aussi « connaître la technique d'une loi est la condition fondamentale pour sa compréhension approfondie³ ».

8. Quelles que soient les qualités de la technique législative, le législateur ne peut pas tout prévoir⁴ ; la mobi-

1. Zitelmann, *Kunst*, p. 7 ; v. aussi Ilbert Courtney, *The mechanics of the law making* : « A great legislator is a great artist, in the wide sense that a great architect or a great ingener is a great artist, a man of great constructive imagination. But a great artist does not disdain, cannot afford to disdain, the mastery of his rules of technique. He knows the value of his tools, he knows how much he is dependent on the cooperation of skilled and trained assistants », p. 200 ; voir cependant même auteur, p. 14, sur ce qu'un législateur doit savoir.

2. Geny, *Technique législative*, *op. cit.*, se demande « s'il est nécessaire, voire même utile, que le législateur prenne conscience d'une méthode dont il soit résolu à suivre fidèlement les directions, ou s'il ne serait pas mieux qu'il s'en remît aux vagues suggestions de l'instinct » (p. 1019). Geny constate lui-même la nécessité de l'existence de règles déterminées. Le Code civil français ne peut être cité comme exemple en sens contraire, parce que sa technique fut le résultat du travail de la doctrine et des ordonnances de l'ancien droit ; v. en ce sens, discours Léon Bérard, rapporteur à la Chambre du projet de loi adoptée par le Sénat instituant les Pupilles de la Nation. Séance de la Chambre des Députés, 19 juillet 1917 : parlant de la technique législative du Code civil, l'orateur déclare que c'est un chef-d'œuvre ; il rappelle cependant que ses rédacteurs « travaillaient sur des matériaux que l'expérience des siècles leur avait préparés ».

3. Gmür, *Kommentar zum S. Z. B.*, p. 19.

4. Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation*, 1907, préface, p. 7-8.

lité de la vie s'y oppose; elle présente à chaque instant des manifestations nouvelles, des faits imprévus¹; aussi le législateur ne peut-il donner que des directives à la jurisprudence et à la pratique.

La loi « demeurera toujours nécessaire pour énoncer tout au moins les principes dans ses règles, et en porter l'existence à la connaissance de tous. Cette promulgation est indispensable... le juge est incapable de prononcer par voie de dispositions générales. Une loi devra toujours intervenir à l'origine. Mais cette énonciation de principes n'emporte pas nécessairement une réglementation précise et rigoureuse² »; il appartiendra à la jurisprudence de suppléer aux lacunes de la loi³; et pour cela, elle devra faire appel, non seulement au texte de la loi, mais aux travaux préparatoires et à la vie. Son rôle grandit de plus en plus avec la complexité de la vie moderne⁴. Il serait sans doute intéressant d'étudier la façon dont la jurisprudence insufflé une vie nouvelle aux textes anciens; les procédés qu'elle emploie⁵;

1. Reymond H., *op. cit.* : « ...en effet, la loi demeure inébranlable dans la lettre, tandis que la vie progresse toujours. Quelque excellente qu'ait été une loi lors de sa promulgation, quelle que soit l'harmonie qui ait régné primitivement entre elle et la vie, il arrive un moment où l'accord est rompu par la naissance de circonstances, de besoins nouveaux, et la loi devient incommode et gênante » (p. 221); même sens Meynial, *Déclaration de volonté*, *Revue trimestrielle*, 1902, p. 563; Esmein, *op. cit.*, p. 17; Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1920; « La loi marque un arrêt du droit. Or, s'il s'arrête, il est nécessairement dépassé, car pendant que le législateur se repose sur un Code, la société ne cesse d'être en travail... » (p. 247), — et plus loin : « légiférer, c'est donc tisser sans fin la toile de Pénélope; et c'est déjà pour le législateur... une tâche écrasante que de tenir le droit d'hier au courant de la société présente » (p. 251); Rossi, *Observations sur le droit civil français dans ses rapports avec l'état économique de la Société*, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1840, t. XI, p. 1 à 29 : un code « est impuissant à arrêter soit l'évolution morale, soit l'évolution économique et morale »; Isambert, *L'évolution des études juridiques*, *La Science sociale*, 1897, t. XXIII, p. 103-104.

2. H. de Pages, *op. cit.*, t. II, p. 308.

3. Elle doit accomplir le rôle de l'édit du préteur à Rome; dans ce sens, Reymond, *op. cit.*, p. 221; v. aussi Meynial, *Déclaration de volonté*, *op. cit.*, p. 563 et s.; « car vouloir tenir un code de loi civile au courant de la civilisation, c'est le condamner à un travail de Pénélope, à un continuel recommencement... »; Ambroise Colin, *Gazette du Palais*, 1886, jeudi 21 octobre 1886.

4. Nous parlerons plus tard du rôle attribué au juge par l'article 2 du Code des obligations suisses; v. aussi Lambert, *Droit civil et législation ouvrière*, *Revue générale du droit*, 1907; v. même sens, Lambert, *Fonction droit civil comparé*.

5. V. à ce sujet Perreau, *Technique et jurisprudence*, Paris, 1923, t. I et II; Geny, *Méthodes d'interprétation* t. I, p. 104; v. aussi Lambert, *Fonction droit civil comparé*.

mais cela serait en dehors de notre sujet et nous conduirait trop loin.

Aussi nous contentons-nous de constater que les procédés de technique législative sont parfois insuffisants, et qu'en tout cas, ils ont besoin, dans leur application, de la jurisprudence et de la pratique de la vie.

L'insuffisance de la technique législative apparaît à un autre point de vue encore : la loi ne peut contenir des *principes doctrinaux* ; son rôle est avant tout pratique ; il appartiendra à la doctrine de construire ses synthèses ultimes avec les matériaux fournis par la vie juridique et donc aussi par la loi¹ ; notre esprit saisit ainsi plus facilement ces principes supérieurs qui sont à la base de toute création et de toute évolution du droit.

Ces principes une fois établis, la doctrine a une fonction pratique à accomplir : elle développe ces idées suivant les besoins de la vie courante et assure le progrès du droit positif. En effet « les lois qui nous régissent ne sont pas si habilement faites, si harmonieusement coordonnées que l'interprétation des juristes de l'École ne puisse être parfois utile pour en faciliter l'application pratique » ; sans quoi « les praticiens marchent souvent un peu à tâtons au milieu des textes nouvellement promulgués. Quel est celui d'entre eux, par exemple, qui ayant à constituer une Société d'habitations à bon marché, n'a pas senti parfois le terrain céder sous ses pas, et ne s'est pas arrêté, hésitant sur le principe du droit à suivre pour régler telle ou telle particularité de la Société ? Le secours du théoricien est souvent le bienvenu en pareil cas². »

Les dispositions législatives peuvent ne contenir qu'une idée générale, ou seulement une notion en voie de développement ; le législateur n'en a peut-être pas été

1. Titulesco, *Essais sur une théorie générale des droits éventuels*, thèse Paris, 1907, préface, p. v ; v. aussi : La distinction entre le rôle de la loi et de la science faite par Van Bern ne'en, *Notions fondamentales du droit civil*, 1892, p. 11 ; sur le même sujet, nous trouvons une description très claire dans la thèse de notre ancien maître, M. Partheniu.

2. Percerou, A propos du livre d'Alvarez, *Revue critique de droit et de jurisprudence*, 1905, p. 106-107.

conscient ; il appartiendra à la doctrine et à la jurisprudence d'intervenir et d'assurer par là le progrès du droit. On a vu dans cette intervention « un excès » et « une immixtion non permise dans la compétence législative ¹ ». En réalité, le législateur ne peut prévoir toutes les situations de la vie ; nous verrons plus tard qu'il n'a même pas intérêt à le faire. Sans doute, c'est le devoir du législateur d'assurer la conformité du droit positif à la vie et son intervention demeurera toujours nécessaire ; mais il ne peut intervenir à chaque instant ² ; car, « l'instabilité perpétuelle de la loi n'est pas propre à développer le sentiment de l'égalité ³ » ; de plus, la rédaction et le vote des lois donne lieu à trop de lenteur ⁴.

« La science juridique participe au développement du droit, d'une manière beaucoup plus précise et beaucoup plus prudente. L'intelligence s'accroît à la suite du travail scientifique et du maniement pratique des lois ⁵ », et qu'on ne craigne pas les abus de la doctrine ; « le juriste auquel n'appartient pas la puissance du législateur, est obligé de relier ses innovations au droit existant, de créer un développement au lieu d'un usage ⁶ ».

Nonobstant tout ce qui vient d'être dit, la loi conserve

1. La majorité de la doctrine s'élève contre cette immixtion ; en sens contraire, Regelsberger, *Gesetz und Recht. anwendung* ; Ihering-Iarbücher, *Für die Dogmatik des B. G. B.*, 1912, p. 149 : « Il doit être reconnu que nous nous trouvons en face d'un domaine où la doctrine et la législation peuvent collaborer. Ceci n'a rien d'extraordinaire. Pas de limites rigides dans le monde intellectuel... Mais la création du droit par le législateur est plus puissante que la création par la science juridique ».

2. Esmein, La jurisprudence et la doctrine, *Revue trimestrielle*, 1902, p. 14 : « L'œuvre de la jurisprudence devancera toujours celle du législateur ; car celui-ci n'intervient que lorsque le nouvel état des choses a pris de larges proportions ».

3. Picard, *Pandectes belges*, t. VI, p. XL ; v. cependant sur la relativité de plus en plus grande des lois pour notre époque, la thèse de Paul Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles du droit*, thèse Lille, 1914.

4. Saleilles, Le rôle de la méthode historique, *Revue de l'enseign.*, 1890, t. XIX, p. 489 ; v. aussi dans le même sens Larnaude, *Le Code civil et la nécessité de sa révision. Livre du Centenaire*, t. II, v. Pécaut, Crise de la loi et du contrat, *Bulletin de la Société française de philosophie*, séance du 27 décembre 1924, p. 132.

5. Regelsberger, p. 150-151.

6. *Op. cit.*

son importance¹ ; elle donne aux rapports sociaux la certitude, la précision, la généralité nécessaires à notre esprit imbu de clarté. Elle est absolument nécessaire à une certaine étape du développement social : lorsque la vie juridique se complique, la coutume devient insuffisante, car elle n'offre pas une *sécurité* suffisante² ; elle ne peut exister qu'à côté de la loi, et dans certains domaines où la pratique est trop mouvante et pas encore suffisamment précise ; la loi y renvoie d'ailleurs souvent³. Et lorsqu'elle n'y renvoie pas, la loi moderne conserve un caractère suffisamment souple, élastique pour évoluer et s'adapter à la vie⁴. Souvent elle ne se contente pas de formuler le droit existant ; elle indique de nouvelles directions à la vie vers un idéal plus vrai, plus grand⁵.

Pour que la jurisprudence puisse accomplir ses innovations, elle a besoin d'un texte auquel elle puisse rattacher ses constructions ; car le rôle de l'interprétation « consiste à assurer la relation entre les solutions que la vie sollicite et les formules légales⁶ » ; elle s'y cramponne, même lorsqu'elle y déroge⁷ ; « à vrai dire, il y

1. Lambert, Le droit civil et la législation ouvrière, *Revue générale du droit*, 1907, p. 453 : « Les principes et leur déduction n'ont pas la même réalité et la même certitude que les dispositions positives de la loi. Ils ne se dégagent que par l'effet d'un travail de fécondation des textes dont les résultats sont inévitablement influencés par le tempérament et l'individualité de l'interprète ».

2. Cependant Morin, dans *La loi*, soutient que la loi n'est « qu'une formule de la coutume », qu'elle « paraît n'aspirer qu'à lui donner une meilleure forme et partant une utilité plus immédiate d'application. Cette méthode législative si loignée des affirmations générales, paraît agir conformément aux indications de la méthode scientifique ».

3. V. Planiol, *Traité de droit civil*, t. I, 1929. Cas nombreux où le Code civil français renvoie aux coutumes et usages locaux (n° 14, p. 6) ; v. Plank, *op. cit.*, pour le Code civil allemand ; quant aux rapports de la loi et de la coutume, v. Geay, *Méthodes juridiques*.

4. V. Saleilles, Le rôle de la méthode historique, *Revue de l'enseignement*, 1890, t. XIX ; Saleilles se demande si la loi est « le meilleur procédé de fixation du droit », justement à cause de ses caractères impératifs et généraux, p. 496.

5. Nous reviendrons là-dessus dans le chapitre sur les facteurs idéaux dans le Code.

6. Vinder Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907, p. 7.

7. V. à ce sujet la thèse de notre ami Eleckes, *Le droit de rétention dans la jurisprudence allemande*, Paris, 1929, les innovations apportées en cette matière par la jurisprudence et rattachées au texte ; v. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*. Innovations jurisprudentielles en matière de dot mobilière, t. III, p. 330 ; de paternité naturelle, t. I, p. 300 et s. ; responsabilité choses mobilières, t. II, p. 400.

a dans la pratique une ingéniosité, une fertilité d'invention vraiment merveilleuse. On est quelquefois arrivé à faire sortir d'un texte obscur toute une construction juridique répondant à un besoin nouveau¹. » Lorsque ce texte manque, elle est toujours incertaine et se perd souvent dans des tâtonnements²; la jurisprudence ne peut pas toujours suffire, car quel que soit son pouvoir elle ne peut aller contre une disposition positive de la loi³.

9. Il arrive un moment, — après un assez long espace de temps, — où, à la suite de changements, une désharmonie apparaît entre le droit du code et les besoins de la vie⁴; un certain nombre de contrats qui n'occupaient qu'une petite place dans le code⁵ acquièrent une grande importance⁶; à la suite des changements politiques, agrandissements territoriaux⁷, l'ancien code ne convient plus au nouvel état⁸. Dans tous ces cas, le législateur doit intervenir pour rétablir l'équilibre. Lui seul peut le faire d'une façon générale; « jouissant d'une entière liberté, le législateur peut plus aisément que le praticien ou le magistrat, édicter des principes assez exactement en harmonie avec les conceptions et les sentiments de la Société. C'est le législateur seul qui peut vraiment effec-

1. Larnaudie, *Le Code civil et la nécessité de sa révision. Livre du Centenaire*, t. II, p. 913.

2. V. la matière de l'enrichissement injuste, du droit de rétention dans le droit civil français.

3. V. dans ce même sens, Saleilles, Lettre envoyée à M. Lyon-Caen et lue à la séance du 27 octobre 1904 de la S. E. legis., *Bull. Soc. Et. lég.* 1905, p. 78-79.

4. Saleilles, Lettre Lyon-Caen, *op. cit.*; Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation*, 1907, p. 7; Titulesco, *op. cit.*, p. 5; Morin, L'Individualisme du Code civil, *Revue de Métaphysique et de morale*, sept. 1917, p. 518, soutient que les anciens cadres du Code civil ne conviennent plus et qu'il faut les remplacer et les mettre d'accord avec le caractère social du droit; v. aussi pour le B. G. B., *Die Reform des B. G. B. Von Senats Präsidenten Prof. Dr. Henrich Schultz*.

5. Contrat d'assurance et de travail.

6. Mallieux, *L'Expégèse des codes*, p. 10-11.

7. V. discours du regretté ancien premier président de la Cour de cassation M. G. Buzdugan, *Curierul judiciar*, 1926.

8. Tel est le cas de nombreux codes aujourd'hui.

tuer les réformes nécessaires et décisives ¹ » ; il doit le faire car le code doit être l'expression de tous les besoins sociaux ².

La révision d'un code présente de grandes difficultés ³ ; aussi certains demandent que les dispositions de droit écrit ne fussent promulguées que pour un certain temps ⁴ ; on devrait tout au moins réviser la législation à époques fixes pour écarter les parties ne présentant plus d'intérêt.

Cette idée de refonte périodique de la codification a été émise depuis assez longtemps ⁵ ; elle semble n'avoir pas produit tous les bons résultats qu'on en attendait. C'est ce que constate d'ailleurs aussi M. Lévy-Ullmann dans son rapport à la Société de législation comparée ⁶ ; le distingué maître, après une étude approfondie des rapports présentés par les juristes des différents pays, — dégage quatre conceptions différentes présidant à la révision des lois ⁷.

1. A. Aftalion, *L'extension des droits de la femme mariée sous le régime de la communauté dans la pratique française et les causes de cette évolution coutumière*. Communication au congrès international de droit comparé de Paris, 1900, *op. cit.*, p. 9.

2. V. Rapport Ministre Gallo, précédant le décret royal instituant la Commission de réforme du droit privé italien. 1911.

3. Morin, *Révision Code civil*; Van Bemmelen, *op. cit.*, p. 17; H. Capitant, *Le Traité des obligations en général*, de M. René Demogue, *Rev. trim. du droit civil*, 1923, p. 360.

4. Demogue, *Notions fondamentales du droit*, p. 209, croit que ces lois temporaires assurent... a) plus de sécurité; b) plus de facilité dans les transformations.

5. En Suisse, par le professeur Henri Brocher, *Révolution du droit*, t. 1, p. 220, cite par Reymond, *op. cit.*, p. 221, note 1; dans le même sens, Roguin, *Observation sur les codifications des lois civiles*, 1896, p. 98, demande qu'on réforme périodiquement la législation dans son ensemble.

6. *Observations générales sur les communications relatives au droit privé des différents pays*, Livre du Cinquantenaire de la Soc. Lég. comp., t. 1, 1923, p. 52 : « Disons immédiatement qu'en sus de l'expérience assez fâcheuse que nous avons subie en France de ce système, (on sait ce qui est advenu à la fameuse commission de codification de 1904!) l'expérience des autres pays de droit écrit compris dans le cadre de notre enquête n'est pas moins significatif, sauf l'exemple du Code de commerce espagnol (révisé en 1886); les rapports que j'ai entre les mains établissent la carence du résultat en général par le procédé en question. En Suède, un projet de révision du Code a échoué en 1894. En Hollande, un projet analogue, concernant le Code de commerce, traîne sans aboutir depuis plus de 40 ans. Il faut l'affirmer très nettement : cette méthode a fait son temps; elle n'a donné que des mécomptes; il est urgent de songer à d'autres. »

7. 1^o *Méthode de révision à date fixe et périodique*, prévue par le Code espagnol; la révision devait intervenir chaque dix ans, conformément à une

De ces quatre conceptions, M. Lévy-Ullmann choisit la dernière : « Comment une méthode qui repose avant tout sur l'initiative individuelle, mettant en jeu, par-dessus les frontières, la coopération professionnelle des juristes, et instaurée entre pays voisins, rapprochés par la culture, les institutions, l'idéal de civilisation, n'aurait-elle pas la sympathie de la Société française de législation comparée, et n'emporterait-elle pas aujourd'hui tous nos suffrages ¹ ? »

La révision devrait avoir donc lieu par « voie d'union législative entre Etats parents et alliés » ; cette façon de réviser les lois présenterait quelques grands avantages ; elle rapprocherait les peuples et créerait entre les nations déjà amies, des liens beaucoup plus profonds. Mais est-elle toujours applicable surtout dans la matière qui nous occupe, en matière de droit civil ?

Sans doute, depuis 1922, de nouveaux faits semblent indiquer une tendance vers un tel rapprochement législatif. L'union législative entre nations amies et alliées a déjà produit ses fruits : le projet de code des obligations franco-italien est terminé ² et attend à être appliqué dans les pays latins ³. L'Académie internationale de droit comparé de La Haye, dans ses dernières sessions, a jeté les bases d'un essai de rapprochement des différents codes ⁴ ; — et dans l'Europe centrale s'organise

procédure que nous verrons plus tard. Ce système n'a jamais été appliqué ; 2° *Méthode de révision sélectionnée* employée en Serbie au moment où intervint la guerre : on y distingue deux sortes de matières : a) celle qui se réfère à des institutions qu'on peut modifier « sans mettre en jeu les fondements mêmes de l'organisation civile de la Nation ; telles sont les règles qui gouvernent les droits réels et les obligations » ; elles ont été confiées à une commission de quatre juristes ; b) celles qui se réfèrent à la propriété collective (Zadruga), au droit de famille, etc..., « à une commission plus élargie où toutes les classes de la nation se trouvaient représentées », p. 93 ; 3° *Abandon de la révision législative*. Evolution jurisprudentielle (Suisse) ; 4° *Révision par voie législative entre Etats parents ou alliés*.

1. *Libre du Cinquantenaire*, t. I, 1923, p. 95.

2. Voir, quant à l'objet de ce projet, décret du 18 d/c. 1924 ; v. aussi Larnaude, l'unification législative entre la France et l'Italie, *Bull. soc. lég. comp.*, 1930.

3. Conformément à une toute dernière information, un rapport demandant l'introduction du projet en Roumanie aurait été déposé à la Chambre par M. V. Cădere, professeur à l'Académie d'Oradia-Mare, v. Conférence Capitant, Association étudiants roumains.

4. V. extraits des Procès-verbaux de la première session ouverte le 31 juillet-4 août 1925 à La Haye, *Bulletin de la Soc. de I. ég. con p.*, 1925, p. 475-

des sociétés de juristes en vue d'un travail commun¹.

10. Devons-nous, après tant de signes nouveaux, croire à la possibilité d'une technique législative unique, — d'un code universel² ? Nous ne le pensons pas³.

M. Lévy-Ullmann lui-même, dans les cas indiqués page 95⁴, ne nous cite que des lois intervenant en matière d'intérêts pécuniaires, — en matière d'obligations. Un rapprochement en cette matière est non seulement désirable, mais même possible : les questions de crédit, d'économie, se présentent presque partout, — à un certain stade d'évolution⁵, — d'une façon pareille. Et quant à la matière des obligations, son origine et sa terminologie toute romaine, ont permis un rapprochement impossible ailleurs ; dans les pays latins, comme dans les pays germaniques, la technique romaine, — avec ses constructions et ses concepts, — régit encore ce droit ; elle est à la base des codes d'aujourd'hui. Or même ici, il est impossible d'établir l'unité complète ; des diffi-

76; v. aussi *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1927; *Bul. Soc. Lég. comp.*, 1928; v. aussi dans les *Acta...* 28, le projet de confection d'une collection d'exposés généraux de doctrine, résumant sur un plan uniforme les principes fondamentaux du droit civil et du droit commercial dans les différents pays. Résolutions soumises à l'Académie internationale de droit comparé, session de 1926, séance du jeudi 17 août, extrait des *Academiae universalis jurisprudentiae comparativae*, vol. I, 1928.

1. Nous lisons dans *Deutsche Juristen Zeitung*, 1928, Heft 2, sous le titre : Deutsche Oesterrischische Rechtsannäherung: « L'organisation de la société juridique de travail commun allemande-autrichienne a été terminée; dix sections ont été formées : partie allemande : 1^o section pour le droit constitutionnel et administratif, etc.; v. aussi au sujet de ce travail, Scheffer, ancien Ministre, *Auf den Wege zur Deutsch-Oesterreichischen Rechts angleichung*, *Deutsche Juristen Zeitung*, 1929, p. 10 *in fine*.

2. Cette idée est d'ailleurs très ancienne, puisqu'on la retrouve chez Condorcet, v. Ernest Moulin, *Unité de législation civile*, 1865, Avant-propos, p. v et note 1, v. aussi même auteur, p. 20 -204.

3. Même en matière de droit international, ce travail paraît à certains une œuvre pratiquement irréalisable. P. J. Baker, The codification of international law. Comptes rendus dans *Revue de droit international*, 1926, p. 478.

4. Lévy-Ullmann, *Livre Cinquantenaire*, op. cit.

5. La technique législative d'un peuple doit être en fonction de son degré de civilisation, de sa culture. Plus ces éléments seront développés, plus larges pourront être les dispositions de la loi et les pouvoirs accordés aux juges. Nous indiquons ici simplement cette question dont nous reparlerons au chapitre « Général ou spécial »; contentons-nous de rappeler l'eterdue des Codes dans les pays à évolution peu avancée s'op o i au Code civil suisse, au Cod civil français.

cultés insurmontables de terminologie interviendraient ¹.

A plus forte raison en matière de droit de famille ou de succession, une technique législative commune nous semble impossible ². Sans doute, il y a des vérités qui appartiennent au droit en général ³, mais les différences sont ici beaucoup trop grandes ⁴; ces différences de la matière législative influent sur celles de la technique.

La technique législative n'étant qu'un moyen de coordination du droit, on comprend facilement qu'elle devra s'adapter, évoluer avec les besoins sociaux; or ceux-ci sont distincts et variables suivant les nations ⁵.

1. I. Cela d'abord au point de vue de la traduction; car « quelque souci qu'il mette à demeurer fidèle au texte, le traducteur est toujours plus ou moins traître », Thaller, Préface au *Traité de Droit commercial* de Cosak. Nous verrons plus tard les difficultés rencontrées — à ce point de vue — dans la rédaction du Code civil suisse.

Cela ensuite au point de vue de la connaissance même des données nécessaires à l'œuvre d'unification; celle-ci ne peut « s'acquérir avec exactitude qu'à travers la langue même et la terminologie spéciale à chaque pays étudié », Lévy-Ullmann, Préface au t. I de la Collection d'Etudes théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international, 1923, *Vers le droit mondial du XX^e siècle*. C'est ce qui explique que l'érudit maître de droit comparé de la Faculté de Paris, voit dans le travail d'unification « une production d'un caractère essentiellement collectif, reposant sur les bases d'une coopération scientifique, non pas morcelée, fortuite, intermittente, mais concentrée, permanente, organisée », Lévy-Ullmann *op. cit.*, p. 10.

2. V. là-dessus René Demogue, *L'unification internationale du droit privé*, Leçons faites à la Faculté de Droit de l'Université de Buenos-Ayres, Paris, 1927, p. 162 et s.

3. « Il n'est pas une seule de nos institutions dont les éléments essentiels ne soient empruntés à ce qui forme le fonds de culture de l'ensemble des Etats civilisés », Kohler, cité par Saleilles dans son Rapport au Congrès de Droit comparé, Congrès de Droit comparé, t. I, 1900; v. aussi H. Lévy-Ullmann, De l'utilité des études comparatives, *La Revue du droit*, Québec, 1^{er} mai 1923, n^o 3, p. 391-392.

4. Même sens, Larnaude qui rappelle que : « Dans ce qui touche la famille, par exemple, les successions, les donations mêmes, la propriété foncière, il y a des particularités nationales qui font obstacle à l'unification ». Séance solennelle du 19 mars 1927 en l'honneur de la délégation italienne au comité de l'union législative entre nations alliées, *Bull. Soc. droit comp.*, 1927, p. 217; v. même sens, Larnaude, Rapport au Ministre de la Justice, *L'« Unification législative »*, 1928, *Etude comparative des législations*, p. 69-70; Lyon-Caen, Rapport sur le régime matrimonial de droit commun, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1922-1923, p. 145-146; Larnaude, L'unification législative entre la France et l'Italie, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1930, p. 117.

5. « Peut-on réduire à l'unité les différents groupes législatifs qui se sont formés? Non, car à côté de l'identité de but, il y a lieu de tenir compte... des formations sociales; et pour assurer le même but, il y a des procédés qui peuvent être divers suivant les civilisations auxquelles ils correspondent. Ce serait donc une erreur scientifique et sociologique de vouloir forcément, pour toutes les institutions, aboutir à la constatation d'un type unique vers lequel doivent s'orienter les progrès juridiques de l'humanité. » Saleilles, Rapport présenté au Congrès de Droit comparé, p. 131; v. aussi

Sans doute, le droit comparé présente une grande importance pour la technique législative ; il offre au législateur un champ très large d'informations ¹ ; il lui fournit « des idées et des règles, qu'il adaptera aux besoins du pays et au génie national ² », il facilite ainsi, — dans les matières où cela est possible, — des points de rapprochement.

Mais une technique législative commune pour tout le droit civil, — même pour les institutions plus intimement liées à l'âme de chaque peuple, — ne peut se concevoir qu'en principe ; en pratique, elle ne peut être que diverse et distincte suivant les différents codes ³. Elle est un produit national, résultant de l'esprit du peuple ; elle doit conserver le caractère profondément national de son droit. Il ne faut pas d'ailleurs regretter ces particularités techniques des diverses législations ⁴ ; « c'est là ce qui constitue à vrai dire le droit comme science ; c'est là

Guiseppe Salvioi, Introduction au livre de Consentini, *La Réforme de la législation civile*, 1913, p. 3 ; Pillet, *La méthode en droit international privé. Les méthodes juridiques*, 1911, p. 10-11.

1. V. Zitelmann, *Des différents rôles et de la portée attribuée au droit comparé*. Congrès de droit comparé, t. I, 1900, p. 197-198 ; Larnaude, *Etudes sur les garanties judiciaires*, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 27 févr. 1902, p. 53 ; Saleilles, *Droit civil et droit comparé*, *Revue intern. de l'enseign.*, 1911, p. 30-31 ; Larnaude, *Droit comparé et droit public*, p. 14.

2. Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*, *Revue trim. du droit civil*, 1902, p. 17 ; c'est ce qui a été d'ailleurs fait dans le *Projet de Code des obligations franco-italien*. V. *Projet de Code des obligations et des contrats*. Rapport sur le projet d'un Code des obligations et contrats commun à la France et à l'Italie, p. XXXIX.

3. Le législateur ne peut et ne doit être que l'instrument destiné à formuler les aspirations de la conscience populaire. Il les formulera dans les termes indiqués par l'état de la civilisation, par le courant des idées contemporaines, puisque aussi bien toute autre méthode empêcherait ces aspirations de se dégager et de s'exprimer nettement », Lucien Brune, *op. cit.*, p. 14 ; voir aussi plus haut, note 64.

4. « Ici, et à propos de ces substructions rationnelles qui constituent l'armature invisible d'un Code, nous croyons que la conduite la plus sage sera presque toujours l'abstention pure et simple de toute imitation étrangère. Procéder autrement, se laisser séduire par la nouveauté, par l'élégance, ou même par la commodité de telles conceptions juridiques abstraites découvertes hors de nos frontières et s'efforcer de la transporter dans notre Code qui l'ignore et la contredit, ce serait, le plus souvent, faire une œuvre stérile, dangereuse même, à cause des répercussions imprévues que cette inoculation d'une greffe adventice pourrait entraîner dans un organisme mal fait pour la recevoir. Les notions ont leur cerveau comme les individus. Une fois formé, le mécanisme d'es idées y joue toujours de la même manière. On peut enrichir le contenu de ce cerveau ; on ne modifiera pas les lois de son allure et de son fonctionnement », Ambroise Colin, Préface au livre de H. Pascaud, *Le Code civil et les réformes qu'il comporte*, 1906, p. X.

aussi ce qui introduit la sécurité et la justice pacifique dans les rapports des hommes réunis en Société ; c'est la meilleure garantie de leurs droits. Un droit national sans formes spécifiques et sans catégories techniques, une législation si simple et si vague à la fois que tout esprit cultivé, tout homme intelligent pourrait également et sans études spéciales, la comprendre et prétendre l'appliquer, serait une matière molle, que chacun pourrait pétrir à sa guise et qui se déformerait aisément aux mains des audacieux et des violents¹. »

La révision du Code civil par voie « d'union législative entre nations amies et alliées » paraît donc une chose impossible : cela au moins pour les matières autres-que celle des obligations.

11. L'évolution jurisprudentielle ne peut suffire, ainsi que nous l'avons dit plus haut ; seul le législateur peut intervenir par voie de dispositions générales. Sans doute, plus un code présentera de contours souples et élastiques, plus le juge sera autorisé à juger suivant l'équité, moins un législateur aura besoin d'intervenir

Mais quelle que soit la souplesse d'un code, il arrive un moment où les conditions de la vie étant changées, les anciennes formules ne peuvent plus s'appliquer ; elles demandent alors à être soumises à une révision. Nous examinerons plus tard la procédure employée pour la rédaction et le vote des lois ; nous verrons à cette occasion comment la procédure habituelle ne peut s'appliquer lorsqu'il s'agit du vote d'un code.

Nous essayerons de résoudre maintenant une question très discutée qui se pose à l'occasion de la révision d'un code ; c'est celle de savoir si cette *révision doit se faire par voie de dispositions générales ou spéciales*.

Certains auteurs, parmi lesquels Planiol², écartent

1. Esmein, *op. cit.*, *Revue trimestrielle*, 1902, p. 17-18.

2. Planiol, Inutilité d'une révision générale du Code civil. *Livre du Centenaire*, t. II, 1904 ; v. aussi : Pascaud, *Le Code civil et les réformes qu'il comporte*, p. 3.

l'idée de toute révision générale dont ils ne voient pas l'utilité¹ ; ils craignent que le code ne devienne œuvre de discussions et de controverses. De plus, un nouveau code leur paraît un instrument incommode : il rend très difficile l'emploi des matériaux entassés par la doctrine et la jurisprudence² ; il faudrait des dizaines d'années pour qu'il redevienne familier aux tribunaux et à la pratique ; aussi ces auteurs demandent-ils que la révision du code continue à se faire par voie de dispositions spéciales.

La façon de procéder du Parlement est en ce sens³ : il s'effraie devant les grandes réformes, surtout lorsqu'elles ont un caractère technique ; il se contente d'apporter « des améliorations utiles et qui ne peuvent soulever de grandes objections, — elles permettent d'attendre des réformes plus hardies... qu'on remet d'ailleurs toujours⁴ ».

1. Planiol, *op. cit.* : « On demande une révision générale ; mais elle est faite cette révision ; elle n'est pas finie ; elle se fait tous les jours car le réformateur siège en permanence... » (p. 958).

2. Thaller, Rapport présenté sur la question de révision du Code civil, *Bull. Soc. ét. légis.*, 1904, p. 475. C'est ce que constate d'ailleurs aussi Ambroise Colin qui pour en faciliter l'emploi, demande que la Commission chargée de la révision opère « un travail... d'intercalation et de tassement, de manière à ce que le numérotage actuel pût être à peu près conservé », *Gazette du Palais*, 1886, p. 3, col. 4 ; v. aussi même sens, Bierling Rudolf, *Juristische Prinzipienlehre*, 1911 : « A chaque loi se lie au cours du temps une pratique plus ou moins riche, — et plus celle-ci est uniforme, plus augmente l'importance de la forme existante des dispositions légales » (p. 453) ; Ambroise Colin, Discussion du projet de loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité française, *Bull. Soc. ét. lég.*, 1917 : l'auteur demande d'inclure la nouvelle réforme dans les anciens cadres. Tout en reconnaissant que cet aménagement « est une œuvre purement empirique », l'auteur ajoute : modifier « le numérotage du Code civil serait un véritable désastre pratique en ce sens qu'il entraînerait une déperdition de force et d'acquis considérable et inutile. On est habitué à aller chercher dans les recueils, dans les traités, sous un certain numérotage des indications relatives aux questions courantes, en matière de nationalité. Il importe que tout ce qui a été fait à cet égard ne soit pas perdu. Conservons donc les cadres du Code » (p. 29) ; Prof. Dr Graf, Der Stand des Streits und die Schafrechts reform, *Deutsche Juristen Zeitung*, 1^{er} janv. 1928, heft, 1, 1928.

3. « En tous cas, qu'on ait travaillé trop lentement ou trop vite, le Parlement n'a jamais cessé jusqu'à présent, de pourvoir, peu à peu, et morceaux par morceaux à ce que, selon qu'on juge son œuvre avec plus ou moins d'indulgence, on appellera la réforme ou la déformation du Code civil », Ambroise Colin, *op. cit.*, p. X ; v. même sens, Julien Bonnet, Supp. au Baudry, *Traité de droit civil*, 1^{er} 24, p. 38-40, 57-58 ; Charnent, Sources du droit positif à l'époque actuelle, *Revue de métaphysique et de morale*, janvier 1906, p. 121 ; H. Lévy-Ullmann, Discussion du projet de la loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité, *op. cit.*, p. 32-33.

4. Rapport du Conseiller Tissier sur une demande d'avis de M. le Garde des Sceaux à la Société d'Et. Lég., *Bull. Soc. Et. lég.*, 1922-1923.

Cette façon de procéder est-elle la meilleure ? Sans doute, toute révision d'un code donne lieu à de grandes discussions dans toutes les classes sociales; mais le législateur a le devoir de s'élever au-dessus de ces passions. Le Code doit être l'expression de tous les besoins sociaux, mais il doit essayer de les équilibrer et de les diriger vers un but d'intérêt supérieur.

Toute révision porte atteinte à des intérêts plus ou moins légitimes; l'application du nouveau code présentera, au commencement du moins, plus de difficultés, que celle de l'ancien. Mais ces désavantages sont infimes en comparaison des avantages qu'une révision générale apporte avec elle ; « car les divers éléments d'un code sont... solidaires entre eux. De nombreux articles, dispersés dans l'ensemble, se combinent, se complètent, se limitent, réagissent les uns sur les autres. Toute modification a des retentissements nombreux et lointains ¹ » ; de plus, tout code a un certain plan : on comprend facilement que ce plan risque d'être rompu, qu'un déséquilibre entre les différentes dispositions de la loi peut intervenir à la suite de lois spéciales ². C'est d'ailleurs ce qui arrive aujourd'hui à chaque instant, à la suite de la révision partielle entreprise par les Parlements. Picard déjà, à la fin du siècle dernier, attirait l'attention sur les dangers d'un tel procédé ; il comparait le Code civil à « une ville en démolition » ³.

1. Albert Ortscheid, *Essai concernant la nature de la codification et son influence sur les sciences juridiques, d'après le concept du Code de droit canonique*, thèse Paris, 1922, p. 24.

2. « Toute réforme législative sur un point donné a sa répercussion sur tout le reste de la législation. C'est que précisément cette réforme, si elle introduit un principe nouveau, modifie par le fait même l'harmonie et l'équilibre de tout le reste. Si l'interprétation, même des textes non modifiés, doit se faire conformément à la concordance générale de tout l'ensemble législatif, il arrivera que toute modification, toute réforme, qui touchera au fond de l'appareil juridique fera sentir son contre-coup sur toutes ses parties, même celles qu'aucune loi formelle n'aura encore réformées », Saleilles, *Droit civil et droit comparé, Revue intern. de l'enseign.*; même sens, Lar-naude, *Le Code civil et la nécessité de sa révision, Livre du Centenaire*, t. II, p. 911; Moreau, *Révision du Code civil, Livre du Centenaire* t. II, p. 1049; Thaller, *Rapport question révision, Code civil belge, Soc. Et. Lég.*, 1904; Bierling Rudolf, *Juristische prinzipienlehre*, p. 453; Mallarmé, *rapporteur, Déclarations à la Chambre sur le projet de loi de la nationalité, Débats Chambre députés, J. off.*, jeudi 31 mars 1927, p. 1100, col. 1.

3. Picard, *Pandectes belges*, t. VI, p. XI

Aujourd'hui encore on s'élève dans tous les pays contre cette façon d'agir¹ ; à la Chambre des représentants de Belgique, un ancien ministre de la justice, M. *Standaert*, proteste contre « cette tendance à réviser le code par des dispositions ultra-fragmentaires, sans idée de suite et en quelque sorte au hasard..., le système dans lequel nous nous sommes engagés, continue-t-il, me paraît déplorable; il consiste à procéder par portions éparses, qui sortent du cadre de nos codes et dérogent à des principes fondamentaux qui par ailleurs restent debout² ».

Sans doute, le législateur n'est pas obligé de maintenir l'unité doctrinale en matière législative; « l'unité doctrinale n'est qu'une technique des théoriciens, construite après coup, qui n'appartient pas au législateur et qui, par suite, ne saurait lier en aucune façon le législateur de l'avenir³ ». Ce dernier a avant tout à accomplir un rôle pratique : il n'a pas à s'occuper des principes ayant régi la rédaction d'une loi. C'est en nous plaçant à ce point de vue pratique que nous ressentons l'utilité d'une réforme générale⁴ ; elle seule permet d'avoir une vue d'ensemble, et de ne pas porter atteinte au plan du code.

Sans doute, de telles révisions ne doivent pas intervenir trop souvent, car elles risqueraient de troubler la vie juridique⁵ ; mais lorsque, à la suite de transforma-

1. « Si l'on n'a pas la loi entière devant les yeux, on ne se rend pas compte de la modification d'ensemble qu'elle a apporté à la législation existante », Bonnet, *Suppl. au Baudry, Traité de droit civil*, t. I, 1924, p. 38, v. aussi *op. cit.*, p. 40; v. même sens *Bull. Soc. Et. Lég.*, 1905, séance du 27 octobre 1904, Révision du Code civil, p. 67; v. aussi Larnaude, *Le Code civil et la nécessité de sa révision, op. cit.*, p. 911; Eug Pilon, *Réforme du Code civil par voie de révision générale, Livre du Centenaire*, t. II, p. 950-951.

2. Standaert, Discours prononcé à la Chambre des représentants, *Annales parlementaires*, séance du mercredi 18 mai 1927, p. 1503-1504.

3. Saleilles, Protection et tutelle des enfants naturels, *Bull. Soc. Et. Lég.*, 1903, p. 105.

4. Moreau, *op. cit.*, p. 1049; v. aussi Ambroise Colin, Préface au livre de Pascaud, p. x, qui nous indique un intérêt pratique en faveur de la refonte totale.

5. Montesquieu disait déjà dans son *Esprit des lois*, l. XXIX, chap. XVI, Choses à observer dans la composition des lois : qu'« il ne faut point faire de changement dans une loi sans une raison suffisante », p. 536. C'est

tions sociales, les besoins supérieurs d'un pays exigent un nouveau code, le législateur doit entreprendre ce travail courageusement. Et qu'on ne nous dise pas que cette façon de réviser les codes est périmée, qu'on ne peut y aboutir; tout dépendra de la valeur des hommes qui l'entreprendront.

Toute révision générale, — intervenant à des époques éloignées, — pourra tenir compte des observations de la théorie et de la pratique; elle absorbe la jurisprudence et permet à une nouvelle vie juridique de se développer dans les formules de la loi.

12. La révision du code devra avant tout conserver son caractère national; le législateur tiendra sans doute compte des progrès réalisés à l'étranger, mais il ne pourra les introduire dans la loi que dans la mesure où ils seraient compatibles avec toute la vie juridique du peuple pour lequel il légifère.

Seul en la matière des obligations, et pour des peuples de même race et de même avenir, l'unification du droit paraît aujourd'hui possible. Pour les autres, elle demeure à l'état d'idéal. Le législateur devra comprendre que la loi n'est pas le produit d'un moment, mais la résultante de siècles¹.

Cela est d'autant plus vrai aujourd'hui, ou tant de peuples tendent à l'unification de leur droit. Pour pouvoir être un élément d'union, la loi doit convenir au peuple où elle s'applique; elle devra être faite à sa taille².

ce que constate aussi le professeur Comm. Ageo Arcangeli. *Verso la nuova codificazione*, Bologne, 1926 : « Un Code médiocre est déjà après quelques dizaines d'années devenu meilleur, comme un capital modeste croît avec les années par le cumul des intérêts : les études doctrinales, les décisions des cours, en ont comblé les lacunes, arrondi les angles, révélé la pensée parfois latente : la loi s'est approchée de la vie, la vie s'est adaptée à la loi. Cette œuvre latente, longue, souvent inconnue dans certains de ses effets, même de ceux qui l'ont conçue, est bouleversée, interrompue par un Code nouveau; celui-ci peut être meilleur que le précédent : il sera pour un certain temps un inconnu, qui avant de se faire apprécier doit se faire connaître » (p. 3); Picard, *Pandectes belges*, t. VI, p. XI-XII.

1. V. Lambert, *Fonction droit civil comparé* p. 502 et suiv.; v. aussi, *op. cit.*, p. 918.

2. V. Lucien Brune, *Le rôle du juge en droit civil suisse*, thèse Grenoble, 1920, p. XIV.

La technique législative est une ; mais pour faciliter l'exposé¹, nous séparerons cette unité, et étudierons d'abord la technique *législative externe*, c'est-à-dire la façon dont seront élaborées les lois².

Lorsqu'il s'agit surtout du vote d'un code, la procédure à employer ne peut être la procédure habituelle. Mais avant même d'arriver au vote, la question de l'élaboration de la loi se pose. Par qui se fera-t-elle ? Question donnant lieu à bien des difficultés ; quels sont les différents organes qui interviendront dans sa rédaction ? Comment travailleront ces différents organes ? Toutes ces questions feront partie de la technique législative externe.

Le législateur, dans la rédaction de la loi, a besoin de suivre certaines règles, d'employer certains procédés, faire intervenir certains facteurs. Leur étude formera l'objet de la technique législative interne dont nous nous occuperons dans la troisième partie de notre ouvrage.

1. « Si on réfléchit sur les travaux législatifs, on voit que toute législation a deux parties, le *contenu* et la *forme*, — deux côtés de la même activité, qui ne sont pas tout à fait indépendants l'un de l'autre », — mais Zitelmann demande de séparer les deux éléments afin d'empêcher que les personnes incompétentes, le Parlement en l'espèce, interviennent dans la rédaction de la loi, Zitelmann, *Die kunst*, 1904, p. 5.

2. V. Geny, *Technique législative*, Liv. Centenaire, t. II, 1904, p. 994.

LIVRE II

Technique Législative Externe

GÉNÉRALITÉS

13. La technique législative externe est une subdivision de la technique législative. A première vue cette distinction paraît inutile : mais une étude approfondie nous prouvera suffisamment son importance pratique : il importe de distinguer la technique législative externe, de la technique législative interne, en vue surtout d'en faciliter l'examen.

La technique externe serait plutôt la procédure à suivre par le législateur dans la rédaction et le vote des lois ; la partie interne de la technique comprendrait les procédés employés dans la rédaction, les caractères et la nature de la loi, enfin les différents facteurs qui interviennent dans la composition d'un code.

Même ainsi restreinte à une question de la procédure, l'étude du « côté externe » de la technique législative n'est pas moins importante. En effet, la technique interne de la loi dépendra en grande partie de la procédure suivie lors de la rédaction ; la supériorité d'une loi, son adaptabilité facile à la vie, dépendront en grande partie de la valeur de celui qui la rédige. Nous l'avons vu plus haut, des règles trop précises en cette matière semblent tout à fait impossibles ; la technique législative est avant tout un art.

Cet art exige non seulement de l'intuition, mais aussi des connaissances approfondies : on ne s'improvise pas législateur, comme on ne s'improvise pas avocat, professeur ou médecin. Il faut avoir de la compétence et de l'expérience en la matière.

C'est ce qu'on ne comprend pas toujours aujourd'hui ; aussi la majeure partie de nos lois sont-elles mal faites. On s'aperçoit souvent, au lendemain de leur promulga-

tion, que les questions qu'elles étaient appelées à résoudre, ont été complètement négligées : de là, la nécessité qu'on ressent souvent de voter de nouvelles lois sur le même objet ; un encombrement des travaux du Parlement en résulte, — un grand nombre de questions restent en suspens.

La vie progresse sans cesse et avec elle augmente aussi sa complexité ; pour régler ces nouveaux rapports on demande de plus en plus l'intervention du législateur. Par suite des changements sociaux, politiques, — d'agrandissements territoriaux, — les anciens codes ne suffisent plus ; une révision paraît nécessaire. Mais seul, ce mot effraie... Qui donc l'entreprendra au milieu de tant de passions, — aujourd'hui surtout où tant de principes anciens sont contestés, — où une nouvelle organisation sociale semble s'imposer ? Il appartient au juriste d'intervenir.

Mais où le trouverons-nous ? Au Parlement, — il est de plus en plus méprisé. Dans les bureaux ministériels on s'en passe, ou bien son indépendance fléchit.

Son intervention est cependant nécessaire. Dans quelle mesure ? C'est ce que nous verrons en étudiant dans les chapitres suivants, — le travail au Parlement, dans les bureaux ministériels, dans les commissions, au Conseil d'Etat.

Nous verrons plus tard les avantages et les inconvénients que présentent ces différents corps pour la rédaction des projets de loi. Contentons-nous d'indiquer pour le moment que l'importance de l'élément « compétence », pour la rédaction de la loi, grandit de plus en plus.

Quels en sont les motifs ? Quelle est l'importance de ce facteur ? Nous les faire connaître sera le premier but de cette deuxième partie de notre ouvrage.

Pour bien remplir sa tâche, le juriste a non seulement besoin de connaissances techniques, — il doit être informé sur les progrès du droit et sur les besoins réels ressentis dans le pays pour lequel il travaille : En effet, toute loi doit être l'expression des tendances qu'elle est

appelée à régir ; aussi l'information a-t-elle toujours joué un grand rôle dans la rédaction des codes.

C'est ce que nous verrons plus tard ; nous tenons à déclarer ici que le rôle de cette information fut d'une telle importance lors de la rédaction du Code civil suisse, qu'on a pu y voir avec raison l'un des facteurs les plus essentiels intervenant dans la rédaction de la loi. C'est ce qui explique que nous ayons fait de *l'information* un chapitre spécial de la technique législative externe. Nous trouverons dans ce chapitre l'étude des procédés par lesquels elle se manifeste et l'importance qu'elle a acquise aujourd'hui ; nous verrons aussi dans l'étude qui suivra que certains, — voulant rapprocher au maximum l'information de la rédaction de la loi, — demandent que celle-ci soit votée par des assemblées représentant les divers intérêts constitués.

Tel sera l'objet de la technique législative externe : elle consistera à indiquer : *a)* la procédure à suivre dans la rédaction des lois ; *b)* la part faite aux compétences et à l'information.

Mais pour que l'information puisse vraiment servir la rédaction, il faut qu'il y ait un organe supérieur commun dirigeant tous les efforts vers un même but ; ce système existe déjà à l'étranger, — notamment en Roumanie, où nous trouvons réunies les deux fonctions dans le conseil législatif roumain ¹.

Les lois une fois rédigées, doivent être votées par le Parlement ; mais un Code civil forme un tout, il a un certain plan qui risquerait d'être détruit si on employait la procédure habituelle du vote des lois. Il faut donc une procédure spéciale. C'est ce que nous verrons d'ailleurs en parlant du travail législatif au Parlement.

1. Créé par la loi du 25 février 1925.

CHAPITRE PREMIER

LE PARLEMENT

14. Nous avons déjà entrevu l'importance de la technique législative externe ; il nous appartiendra d'examiner dans ce chapitre si l'organe chargé de légiférer dans nos Etats modernes accomplit sa tâche conformément à ces principes.

Nous laisserons de côté la question de savoir si l'Etat, — vu comme entité juridique, — doit partager ses fonctions avec d'autres organismes. Ces questions, — de droit constitutionnel pur, — n'appartiennent pas à l'objet de notre travail. Ce que seul nous pouvons dire, c'est que l'autonomie publique est une, et que le grand principe de la séparation des pouvoirs régit encore nos Constitutions modernes.

Or, le Parlement, — émanation de cette autorité publique, — voit, dans le siècle qui commence, son labeur grandir de plus en plus. De toutes parts, on le sollicite : des rapports sociaux de plus en plus complexes demandent à être réglementés par lui ; la loi étend son domaine et diminue ainsi la sphère d'action abandonnée jadis à la liberté individuelle ; nous verrons plus loin, — en parlant de l'élément idéal dans un code, — tous ces empiétements faits au nom de principes supérieurs de droit.

Aussi, ne nous étonnerons-nous pas qu'on ait comparé le Parlement à « une usine de lois » et qu'on lui ait assigné comme fonction principale, non pas de main-

tenir l'ordre social, mais d'en élaborer indéfiniment un nouveau ¹.

La vie progresse sans cesse et, — nous l'avons dit plus haut, — le législateur ne peut la suivre dans toutes ses évolutions : le Parlement présente trop de lourdeur dans ses mouvements, pour répondre à chaque instant à tous ses besoins. Il ne doit, d'ailleurs, intervenir que lorsqu'une pratique est établie depuis assez longtemps.

C'est un lieu commun de dire que le Parlement ne répond plus à sa tâche ², qu'il travaille trop lentement, que bien des projets de loi, renvoyés de cession en cession et de législature en législature, attendent d'être votés ³ ; il nous suffirait de feuilleter les « Tables générales des textes législatifs » pour voir combien de projets ne voient jamais les lumières de la discussion. Et lorsque le Parlement légifère, — et il le fait souvent avec une rapidité et une absence de préparation qui exaspère, — il improvise sous l'impulsion du moment ⁴.

1. En sens contraire, Chardon, *L'Administration de la France. Les fonctionnaires, du gouvernement. Le ministère de la Justice*, 1908, p. 76.

2. « Il n'est pas de tristesse plus profonde que celle des hommes de ma génération qui ont cru à la République parlementaire... Cela ne peut pas durer. Le régime parlementaire tel qu'il est pratiqué, se reformera ou il périra. S'il ne se réforme pas lui-même, il risque d'être remplacé par un saut dans l'inconnu », Larnaude, *L'inconstitutionnalité des lois*, p. 40; v. aussi Aubert Lefas, La réforme des méthodes du travail parlementaire, *Revue des Sciences pol.*, t. LII, oct.-déc. 1929, p. 499.

3. On cite souvent le projet de loi sur « les droits de succession du conjoint survivant » soumis au Parlement en 1872 et voté en 1891. Aussi a-t-on dit : « qu'une loi imparfaite, c'est une loi amorphe, qui se traîne péniblement de session en session, sans jamais sortir des vapeurs du rêve et de l'inconnu », Lierre, *op. cit.*, 1914, p. XXXVIII; c'est ce que constatait aussi M. Mallarmé, rapporteur à la Chambre du Projet de loi sur la Nationalité, lorsqu'il disait : « ...l'origine de cette loi remonte à 1913, c'est-à-dire à 14 ans. Le Sénat a voté un projet une première fois en 1922. La Chambre l'a adopté avec modifications, en août 1924. Le Sénat l'a étudiée de nouveau au mois de décembre 1925. C'est par conséquent la seconde fois que vous avez à l'examiner ». V. Débats Chambre députés, *J. off.*, 31 mars 1927, p. 1099, col. 3.

4. Parlant du manque d'organisation de travail de nos Chambres, Speyer, *La Réforme de l'Etat en Belgique*, dit : « Aux exemples de lenteur et de confusion législatives que nous avons cités plus haut, il faut... ajouter des exemples, non moins déplorables et presque aussi nombreux de débats hâtifs et fiévreux, à la suite desquels des dispositions de la plus haute importance sont votées sans examen sérieux », p. 981; v. aussi Eustache Pilon, *Réforme du Code civil par voie de réforme générale. Livre du Centenaire*, t. II, qui nous rappelle que la loi du 25 mars 1866 relative aux « droits successoraux des enfants naturels » fut votée à la Chambre des Députés sans discussion comme une loi d'intérêt local ».

Aussi, des critiques s'élèvent-elles de toutes parts : plus d'un juriste, — depuis toujours et dans tous les pays, — déplorent la façon dont sont revisées nos lois ; nous examinerons ces critiques dans la section II de ce chapitre, lorsque nous parlerons des résultats des travaux parlementaires. Il nous suffira de dire ici que ces résultats sont déplorable.

Aussi, de toutes parts, annonce-t-on la faillite du régime représentatif : on demande à le remplacer par d'autres organismes. Il appartient aux juristes et à tous ceux qui veulent défendre notre régime parlementaire, à intervenir : les anciennes méthodes de travail doivent être changées ; il y va des principes mêmes de notre organisation constitutionnelle d'aujourd'hui. Il faut redonner à notre Parlement l'autorité dont il a besoin.

Quels seront les moyens qui devront intervenir ? C'est ce que nous verrons plus tard ; mais avant d'y arriver, essayons d'examiner dans des sections différentes : I. L'organisation du Parlement ; II. Le résultat du travail dans les commissions, bureaux, en séance publique ; III. Raisons de la mauvaise rédaction des lois ; IV. Façon d'y remédier.

I. — ORGANISATION DU PARLEMENT

15. On a dit que « toute assemblée parlementaire est une foule¹ » ; cette parole, d'une vérité profonde, s'applique encore aujourd'hui ; aussi voyons-nous depuis toujours² les assemblées nombreuses se diviser en commissions ; c'est la seule possibilité pour elles de travailler et surtout de rédiger les lois³. « Le but d'une grande

1. Lettre de Lord Chesterfield à son fils, citée par Labbé dans son livre : *De la préparation des lois dans les commissions*, thèse Poitiers, p. I.

2. Labbé, *op. cit.*, nous rapporte [d'après Picot, *Histoire des Etats généraux*, t. III, p. 375], l'existence d'une commission législative des Etats généraux dès 1614.

3. « Il faut nous organiser. Pour y arriver, il importe de partir d'une idée simple, d'une idée qui règne et qui gouverne, — quoiqu'elle soit parlementaire, — un peu partout ; c'est l'idée de la division méthodique du travail, de l'organisation et de la méthode dans la répartition du travail », Léon Bourgeois, Discours à la Chambre des Députés du 3 février 1890, au sujet de la

assemblée, en constituant des délégations, est de faire aboutir le plus vite possible des affaires qui se discuteraient lentement et dans la confusion, si elles arrivaient en séance publique sans avoir été successivement étudiées dans les bureaux et dans les commissions¹. »

On voit l'importance que présentent les problèmes de méthode, d'organisation pour une assemblée : d'eux dépendra en grande partie la valeur des résultats qui seront obtenus². C'est ce qui explique que nous commençons notre étude sur le Parlement, en parlant de son organisation. Nous ne le ferons que d'une manière succincte et dans la mesure seulement où cela nous est nécessaire pour notre étude de technique externe.

Cette organisation interne du Parlement présente des traits semblables dans presque tous les pays d'Europe ; seule, la Chambre des Communes anglaise diffère par sa méthode de travail. En examinant tour à tour le système français et anglais, nous arriverons à connaître les méthodes qui régissent nos pratiques parlementaires.

16. Le système français diffère du système anglais en ce que, dans le premier, la Chambre (ou le Sénat) est partagée en un certain nombre de bureaux ; aussi désigne-t-on souvent le système français sous le titre de « système des bureaux ». Les députés et sénateurs y sont distribués à la suite d'un tirage au sort³. Ils sont

création des grandes commissions. Débats parlementaires, Chambre, 1890, p. 176, col. I ; v. aussi Aubert Lefas, La réforme des méthodes du travail parlementaire, *Revue des Sciences pol.*, t. LIII, janvier-mars 1930, p. 71.

Nous verrons cependant que pour le Parlement anglais, les commissions sont remplacées quelquefois par la réunion « of the whole house ».

1. Pierre, *De la procédure parlementaire*, p. 53. C'est en effet dans les commissions que s'accomplit le travail législatif le plus important. C'est ce que constate aussi l'ancien ministre du Reich, Dr Scholz, M. et R., *Die Innere Organisation des Reichstags*, p. 14, *Der Deutsche Reichstag, eine kurze Einführung in seine Arbeit und seine organisation*, 1929.

2. « Si le travail parlementaire n'est pas organisé d'une façon rationnelle et prompte, une Chambre risque de ressembler à un moulin qui moud à vide ». Discours de Paul Deschanel, séance de la Chambre, 12 mars 1894 ; v. aussi Joseph Barthélemy, Rapport sur une proposition de règlement. Débats Chambre des Députés, Annexe n° 2945, séance du 3 juin 1926, p. 751, col. 2, 753, 2.

3. V. Pierre, *Traité de droit politique*, 6^e éd., 1920, n° 712, p. 560.

élus pour le délai d'un mois ¹ ; ils étudient les lois ² qui leur sont renvoyées à la suite d'un vote de l'assemblée ; ils nomment les commissaires qui, en se réunissant, formeront la commission générale chargée de l'étude de la loi.

Seuls les bureaux existaient au commencement, mais bientôt on en vit les dangers : « ces multiples commissions spéciales, nommées au hasard de la composition des bureaux, n'ayant aucune tradition, ne pouvant se livrer à aucune étude suivie dans un ordre d'idées déterminées, et dont les membres seront à bref délai disséminés dans d'autres commissions ayant un objet absolument différent, présentent l'image d'un mécanisme très compliqué dans ses rouages, où les divers organes s'enchevêtrent les uns dans les autres, et qui, pour une grande dépense de force et de mouvements, ne donnent que des résultats insuffisants ³ ».

Aussi, demanda-t-on, dès la fin du siècle dernier, la création des grandes commissions permanentes ; ces commissions existaient depuis longtemps en Allemagne où le règlement du Reichstag permettait leur formation ⁴. En France, celles-ci furent créées dès 1902 à la

1. Ce délai assigné par le règlement n'est pas un délai fatal ; v. Pierre, *op. cit.*, p. 721.

2. Leur pouvoir propre consiste à examiner les dossiers électoraux ; nous n'avons pas à nous en occuper ici.

3. Proposition du 19 nov. 1889, MM. Siegfried et Léon Fourgeois, citée Pierre, *Supplément au Traité*, 1924, n° 737bis ; v. encore sur l'intérêt que présente l'existence des comités, à côté des bureaux, *Le rapport général* fait au nom de la commission de règlement, sur l'ensemble des modifications à apporter aux dispositions réglementaires actuelles, par le citoyen Frayard, Veyrières, Assemblée Nationale, séance du 10 janvier 1849 : nous y lisons que les quinze comités permanents créés par l'Assemblée Nationale paraissent mieux convenir pour l'élaboration des projets ou propositions, sur les matières spéciales ; les bureaux pour l'examen des questions politiques », car « les bureaux formés par la voie du sort et renouvelés tous les mois ne peuvent offrir l'avantage de la spécialité dans les connaissances, ni de la fixité dans les doctrines... Il a donc été utile et sage de placer à côté des bureaux, les comités qui joignent à l'avantage de comprendre dans leur sein des spécialistes, celui de conserver les traditions, — ce qui rend plus prompt et plus complète à la fois l'élaboration des projets ou propositions dont ils sont saisis » (p. 89, col. 3).

4. Il prévoyait l'institution de ces commissions permanentes ; ce qui est curieux, c'est qu'on n'y rencontre pas de commission permanente législative, v. Michon, *L'initiative parlementaire et la réforme du travail législatif*, 1898 ; Le Reichstag allemand peut se constituer aussi, comme la Chambre des Communes d'Angleterre et la Chambre des Représentants d'Autriche en « comité de toute la Chambre », Pierre, *Traité*, n° 738, p. 890.

Chambre¹ ; leur nombre était de vingt : nous y trouvons une commission de législation civile et criminelle.

Ce système des grandes commissions² n'a pas supprimé l'ancien système des bureaux, mais s'y est superposé ; le système des bureaux garde toute son importance³.

Tout projet de loi sera donc renvoyé d'après le système français, soit à une grande commission, soit aux bureaux.

Ce dernier système est plus compliqué, puisque chaque bureau de l'assemblée doit dans ce dernier cas se prononcer ; une fois arrivé dans une commission, le projet de loi fait l'objet d'une discussion et d'un rapport. Ce n'est que lorsque le projet sera déposé que commencera, devant l'Assemblée, la discussion en séance publique ; elle porte d'abord sur l'opportunité, sur l'utilité d'une loi, puis sur les articles pris individuellement.

Tel est le système français : il comporte une étude dans les commissions, suivie d'une discussion en séance publique ; il ne nous appartient pas d'en examiner dès maintenant la valeur, d'étudier la façon dont sont mutilées souvent les lois par l'apparition d'amendements imprévus ; nous en parlerons plus tard. Il suffit de constater pour le moment, qu'à première vue, ce système semble présenter toutes les garanties de sérieux ; l'étude successive d'une loi dans des commissions et en séance publique, permet à toutes les compétences de la Chambre d'intervenir : le juriste dans le silence de la commission, et l'homme politique en séance publique, se complètent.

1. Ce système ne fut introduit au Sénat que le 18 janvier 1920 ; v. pour les différentes étapes de cette constitution des commissions de la Chambre, Pierre, *Sup.*, n° 737, p. 1064-1065.

2. Elu pour une année par la voie des listes préparatoires établies par le bureau des groupes, affichées et publiées et pouvant devenir automatiquement définitives s'il ne s'élève pas d'oppositions de la part de 50 membres.

3. « Lorsque le renvoi au bureau pour la nomination d'une commission nouvelle se trouve en concurrence avec une demande de renvoi à une commission existante, c'est le renvoi au bureau qui a la priorité, surtout si la demande de renvoi a été formulée par le Gouvernement », Pierre, *Supp.*, n° 737 bis, p. 1067.

Sans doute un tel système présente une certaine lenteur, mais il permet au Parlement et au pays de connaître la loi. Bien appliquée, et surtout appliquée par des gens compétents, cette méthode pourrait donner de très bons résultats.

Le trait principal du système anglais, consistait en ce que la rédaction des bills se faisait dans le comité général de toute la Chambre (Committee of the Whole house). Le système des commissions était inconnu, au moins pour les bills importants¹ ; ce n'est qu'à partir de 1882², que furent créés les quatre grands « Standing Committees » composés de quatre-vingts membres, renouvelables chaque année, et choisis par le Committee of Selection : à partir de cette époque, tous les projets appartenant à la compétence d'un de ces comités y sont renvoyés, à moins que la Chambre ne décide autrement³.

Cela dit, nous n'étudierons maintenant que ce qui constitue l'originalité du système anglais : la Chambre travaillant dans le « Committee of the Whole house »⁴. Tous les membres de la Chambre des Communes peuvent y prendre part. Le caractère de cette réunion est privé ; les différentes formes solennelles présidant à la discussion en séance, sont écartées : la Chambre n'est plus présidée par le speaker mais par un autre membre. La procédure est beaucoup moins sévère en séance, les discussions sont plus libres, chaque membre pouvant prendre la parole et proposer des amendements.

1. Pour ceux de peu d'importance, cette fonction était exercée par des comités spéciaux : v. Orlando, *Principes de droit public et constitutionnel*, trad. S. Bouyssy, 1902, ; Pierre, *Traité*, n° 711, p. 860; Parker Smith, *La vie politique et parlementaire en Angleterre*, *Revue pol. et parl.*, 1^{er} sept. 1894, p. 249.

2. Règlement du 2 décembre 1882.

3. L'ancienne présomption se trouve ainsi renversée.

4. Dans certains cas, « un bill au lieu d'aller à un Standing Committee ou à un Committee of the Whole house, est envoyé à un petit comité ou à un comité réunissant les représentants des deux Chambres. Ces cas sont d'ailleurs très rares et ne se présentent que pour les projets importants. Les commissions de cette sorte font habituellement des rapports spéciaux, indiquant leurs raisons et conclusions, mais les bills examinés par elles doivent être revus ensuite par un comité of the Whole house », Ilbert Courtney, *op. cit.*, p. 82.

Cette organisation présente de grands avantages : elle permet à tous ceux qui s'intéressent à la discussion, à y prendre part d'une façon active ; il est à supposer que ceux qui interviennent à la discussion n'y sont poussés que par le désir d'améliorer le projet de loi, de faire prévaloir des vues techniques ; toute considération politique, électorale, disparaît puisque les discussions ne sont pas pour la plupart publiques¹. Tout membre compétent peut ainsi intervenir dans la discussion, ce qui n'est pas possible dans des commissions spéciales. « Cette période d'amendements passée, la loi est enfin votée sous la forme définitive². »

Nous tenons à mentionner ici simplement, l'intervention du « Parliamentary counsel of the treasury³ » dont nous parlerons plus tard, au chapitre « des ministres » ; le rôle de ce fonctionnaire technique consiste en effet à aider les ministres dans l'œuvre législative du gouvernement. Il peut cependant être chargé par ces derniers d'apporter son concours à un député ; cela arrive d'ailleurs assez rarement, car le Parlement n'admet pas facilement l'immixtion du dehors⁴.

Ainsi donc, le système anglais est basé sur celui du comité général (on l'appelle aussi quelquefois système des trois lectures). Il permet, lors de l'étude de chaque loi, l'intervention de toutes les capacités : il limite en fait la période d'amendements au comité général ; par cela, la procédure anglaise est de beaucoup supérieure à la procédure française. Nous verrons que l'un des maux les plus grands dont souffrent nos Parlements est justement l'intervention intempestive d'amendements qui

1. « These legislative sittings of the Committee of the Whole house and of Standing Committees are open to the public so far as one limited accommodations permits. The debates in the Committee of the whole house are printed and published in the official report. Save in exceptional cases there is no official report of debates in standing committees », Herbert Courtney, *op. cit.*, p. 82.

2. Orlando, *Principes de droit public et constitutionnel*, p. 222.

3. Technicien existant auprès du Président du Conseil et chargé de la rédaction des projets de loi.

4. V. Herbert Courtney, *op. cit.*, p.

détruisent souvent le plan de la loi ; il ne peut y avoir sans doute de renonciation expresse au droit d'amendement en séance publique, mais, tout le monde prenant part aux discussions « of the whole house ¹ », les amendements qui paraissent nécessaires y sont presque toujours proposés. Là, les amendements ne sont plus le résultat irréfléchi des discussions publiques ; les passions y sont moins fortes et plus de pondération domine dans la discussion.

Le système anglais présente encore une incontestable supériorité sur le système français, par sa simplicité et sa célérité ² ; le système des commissions est beaucoup plus lourd dans ses mouvements ³.

Cependant, certains auteurs (parmi lesquels Boutmy ⁴) critiquent la mauvaise rédaction des lois en Angleterre et en attribuent la cause à l'absence des commissions existant dans le Parlement français ⁵. Est-ce bien vrai ? Le système français assure-t-il une meilleure rédaction des lois ? Nous ne le croyons pas.

En effet, de toutes parts, en France comme en Angleterre, des critiques s'élèvent contre la façon dont s'exécute le travail parlementaire. C'est ce que nous allons voir en étudiant, dans la section II de ce chapitre, les résultats du travail parlementaire.

« En théorie, une bonne méthode de travail législatif doit arriver à deux résultats : 1° *La maturité dans la délibération* ; 2° *Une certaine célérité* qui empêche l'éternelle et stérile accumulation des projets de lois jusqu'à ce que la fin de la session ou de la législation vienne rendre inutile tout le travail qui a été fait ⁶. »

1. *Ibid.*,

2. V. Orlando, *op. cit.*, p. 220.

3. On a soutenu cependant le contraire lors de la création des *Standing Committees*.

4. *Essai d'une psychologie politique du peuple anglais au XIX^e siècle*, 1909 ; v. aussi Stuart Mill, *Le Gouvernement représentatif*, traduit par Dupont White, Paris, 1862, qui déclare que les lois anglaises sont « quant à la forme et à l'interprétation, un tel chaos que rien ne semble pouvoir en augmenter la confusion et la contradiction », p. 116.

5. V. auteurs cités plus haut.

6. Orlando, *op. cit.*, p. 220-221.

Or, nous croyons que, tant pour la célérité ¹ que pour la maturité ², le système anglais est supérieur au système français ³.

La maturité dans la discussion ne dépend pas seulement de la méthode employée ; on constate aujourd'hui qu'avec ou sans commissions spéciales, les lois sont tout aussi mal rédigées en France qu'en Angleterre : ce qui prouve qu'une bonne méthode ne suffit pas ; sa valeur dépendra surtout de ceux qui l'appliqueront.

Une bonne méthode présente sans doute de l'intérêt ; elle permet au Parlement d'accomplir plus facilement sa tâche ⁴. Mais pour qu'une loi soit bien rédigée, il faut que ceux qui la font aient une compétence suffisante.

La méthode anglaise, avons-nous vu, présente de gran-

1. V. cependant Stuart Mill, *op. cit.*, qui constate que « le temps employé nécessairement à traverser la procédure des Bills, rend le Parlement de plus en plus incapable d'en passer aucun, si ce n'est sur des sujets détachés et bornés », p. 116 ; ce sont les mêmes paroles décourageantes qu'on retrouve cinquante années plus tard chez Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, suppl. 3^e éd., 1914 : « la plus mince réforme exige plusieurs années de travail et souvent l'effort répété de plusieurs législatures », p. XXIV, Introduction au Suppl. de 1900.

2. Sans doute les grandes commissions du système français permettent à ceux qui y prennent part, de se spécialiser dans une certaine catégorie d'affaires, d'acquérir « un esprit de suite et une continuité dans l'effort » ; mais toutes ces qualités peuvent s'acquérir aussi en comité général et d'une façon plus spontanée encore, puisque toutes les compétences peuvent y prendre part.

3. « Il n'est pas bon, dans une assemblée où tous doivent prendre part à la délibération et au vote, que l'examen préparatoire soit absolument concentré entre quelques-uns et que la grande majorité de l'assemblée arrive à la discussion complètement étrangère aux délibérations préliminaires des projets qui lui sont soumis. Cette majorité alors s'abandonne ou se méfie ; les délibérations courent le risque ou de n'être pas suffisamment éclairées par la contradiction ou de n'aboutir, après des débats irritants, qu'à des résultats négatifs... Enfin, l'existence simultanée des comités, et des bureaux et commissions, introduit dans les travaux une complication et une surcharge fâcheuses. Bientôt arrivent la fatigue, le relâchement, les absences multipliées au grand détriment du prompt et sérieux examen des lois », paroles du Rapporteur du règlement de 1849, rapportées dans le *Rapport sommaire* fait au nom de la première commission d'initiative parlementaire, sur la proposition de résolution de M. Louis Marin, tendant à une nouvelle organisation des commissions du Sénat, par M. Guil. Poulle, Sénat, annexes 308, séance du 2 juillet 1920).

4. « Mais si le problème de la méthode ne se présente pas à nous avec la même urgente acuité que certains autres, il serait imprudent et erroné d'en méconnaître le haut intérêt et la brûlante actualité. Tout d'abord, la méthode sert la promptitude et la qualité des solutions que réclament les circonstances. Mais encore c'est surtout d'après la méthode, d'après les apparences extérieures que sont jugées les institutions... » (Joseph Barthélemy, Rapport sur une proposition du Règlement, Chambre des Députés, annexes n° 2945, séance du 3 juin 1926, p. 751, col. 2).

des qualités... Mais n'oublions pas que tous les membres de la Chambre peuvent prendre part au comité général. « Il résulte de là que, tant dans le comité que dans la séance de la Chambre qui lui succède, chacun des 658 membres peut être tenté à dire son mot, de proposer sans préparation un amendement, de troubler ainsi l'économie d'une loi qu'il n'a pas embrassée dans son ensemble et ne connaît pas dans toutes ses parties. Le danger est évident, et il est clair qu'il s'augmente et s'aggrave en proportion du nombre des députés présents ¹. »

Tout se réduit donc, en dernier lieu, à une question de personnes ² ; or, pour connaître la valeur de nos députés, il suffit d'examiner leur travail. Plus que partout ailleurs, on peut dire que : *le travail c'est l'homme*. C'est pourquoi, dans une deuxième section, nous allons examiner les résultats du travail parlementaire.

II. — RESULTATS DU TRAVAIL DU PARLEMENT

17. Nous avons vu, dans la section précédente, la façon dont sont rédigées nos lois ³ ; exposer toutes ces faudra dire maintenant quels sont les résultats de ce travail. Une simple étude superficielle de cette question nous permettra d'affirmer qu'ils sont désastreux.

Depuis longtemps déjà, des critiques de toutes sortes s'élèvent de toutes parts. En France, en Belgique, en Angleterre, en Allemagne et dans bien d'autre pays où nous avons poussé nos recherches, on s'érige contre la façon dont sont rédigées nos lois ¹ ; exposer toutes ces

1. Boutmy, *Psychologie politique du peuple anglais au XIX^e siècle*, p. 249.

2. « Considérée en elle-même, la procédure législative en usage paraît bonne et garantissante. Ce n'est pas l'organisme qui manque aux hommes ce sont les hommes qui manquent à l'organisme », Picard, *op. cit.*, p. LV.

3. C'est ce que constatait aussi l'ancien ministre de la Justice roumaine. Eugen. Stătesco, lorsqu'après avoir critiqué la façon dont sont rédigées les lois en Roumanie, il ajoutait : « cette insuffisance du Parlement dans l'œuvre de rédaction des lois, tient plus à la nature des choses qu'à des causes locales ou particulières à notre pays », v. Rapport du projet de conseil législatif, Débats Senat. roum., 1885-1886.

critiques en quelques pages serait sans doute au-dessus de nos forces : des traités entiers n'y suffiraient pas. Mais si nous étudions de près la question, nous voyons que les mêmes défauts se rencontrent presque partout ; cela nous permettra d'en dégager les traits principaux.

D'ailleurs, à mesure que la vie se développe et se complique, ces défauts paraissent de plus en plus grands. On fait plus souvent appel à la loi ; mais celle-ci, par ses obscurités et lacunes, présente à la pratique des obstacles insurmontables. De là, un certain découragement ébranlant le respect qu'on doit à la volonté législative ; de là aussi une tendance à y contrevenir. Mais cela crée un état d'esprit dangereux : on risque de ne plus voir dans la loi une disposition impérative¹ s'imposant dans tous les cas, puisqu'on peut y déroger si facilement ; aussi, une telle conception peut-elle entraîner les plus grandes difficultés pour la vie sociale².

Il faut que la loi conserve son autorité ; « il importe au plus haut degré de la dignité morale d'un pays de ne lui laisser perdre ni son empire, ni sa majesté ; œuvre de la volonté générale, elle doit conserver le caractère de raison écrite ; faite pour inspirer le respect, il faut écarter d'elle tout ce qui la ferait décrier, qui altérerait ses ressources, la priverait de sa force³ ».

Pour pouvoir écarter tous ces défauts, il faut commencer par les connaître ; aussi, leur étude formera-t-elle l'objet de cette section.

18. C'est un lieu commun de constater la mauvaise rédaction de nos lois, les difficultés d'interprétation aux-

1. Boutmy, *Psychologie politique du peuple anglais au XIX^e siècle* 2^e éd., 1909 : parlant de la conception de la loi en Angleterre, l'auteur dit : « la loi rédigée par le Parlement n'est jamais au fond qu'une coutume proposée, qui se présente dès le début avec plus ou moins d'ascendant selon que l'opinion s'était déjà prononcée plus ou moins vivement dans la question... Ceux à qui cette loi déplaît se sentent autorisés à employer contre elle le moyen qui est d'usage courant contre les coutumes que l'on veut abolir, à savoir, d'interrompre par des actes contraires, la prescription qui les fonde » (p. 257).

2. Boutmy, *op. cit.*, p. 258 croit, au contraire que ceux dont il parle plus haut « ont un rôle honorable et prévu dans le travail législatif ».

3. Picard, *Pandectes belges*, 1881, VI, p. XLIII, note 1.

quelles elles donnent souvent naissance ¹. Ces difficultés résultent souvent, soit de la trop grande précision de la loi, soit de son insuffisance.

Nous verrons plus loin, dans le chapitre qui s'y réfère, dans quelle mesure l'imprécision est utile à une loi ; constatons dès maintenant que lorsque le législateur veut être trop précis et qu'il cherche à énumérer tous les cas dans lesquels une loi s'applique, il risque de demeurer incomplet. La loi alors, loin de servir la vie, peut donner lieu aux pires difficultés ; tel est le cas de la loi du 21 mars 1917 « sur la tutelle des femmes mariées » ; elle se réfère aux articles nombreux ² qu'elle déclare vouloir modifier ; elle contient des articles inutiles et oublie d'en mentionner un certain nombre d'entre eux ³.

Nous ne pouvons admettre de même, la façon de rédiger les lois employée par le législateur anglais : il procède, en effet, souvent « par des énumérations de cas, de personnes ou de qualités qui, si nombreuses qu'elles soient, ne sont jamais complètes, au lieu de procéder par énonciations générales ⁴ ».

L'imprécision des lois résulte parfois de la nature du style : en effet, la terminologie employée par le législateur est souvent incohérente et n'a rien de la précision

1. « Partout, dans toutes mes relations, au Palais, près des hommes de science, j'entends causer de l'imperfection de nos lois, principalement sous le rapport de la rédaction... ; c'est une plainte générale, un chaos universel ; je l'affirme et je crois que tous ceux qui comme moi prendront témoignage de ce qui se passe rapporteront les mêmes faits ». Intervention du député Forgeur, *Annales parlementaires de Belgique*, 1857, p. 118.

2. V. loi citée.

3. V. sur l'insuffisance de cette énumération, Capitant, *Comment on fait les lois aujourd'hui*, 1917 ; v. aussi Barthélemy, *op. cit.*, p. 86 ; p. 87 ou il cite les omissions de la loi du 7 novembre 1907. Certains auteurs cependant, parmi lesquels Picard, *op. cit.*, p. XXXIX, critiquent la formule générale, « les dispositions contraires des lois antérieures sont abrogées » ; ils y voient un signe de manque de sûreté du législateur « sur la portée des réformes qu'il fait ». Quoique cette formule soit parfois d'une application délicate, nous la trouvons de beaucoup supérieure à celle de la loi de 1917.

4. Boutmy, *op. cit.*, p. 244 ; et l'auteur ajoute : « grand défaut assurément, car ces énumérations sont limitatives sans être complètes. A la vérité, le législateur fait suivre habituellement ce catalogue de cas particuliers par une « provision » générale pour les autres cas du même genre. Mais on se demande alors pourquoi cette « provision » générale ne lui suffit pas, et Boutmy trouve une explication dans la « faiblesse de la faculté généralisatrice de l'anglais », p. 244-245.

juridique nécessaire ¹ ; elle ne présente pas d'unité dans son emploi, le même mot ayant souvent des sens différents dans les diverses lois ². De là naissent de grandes discussions, donnant lieu à des interprétations divergentes ; « la plupart de ces interprétations seraient évitées avec des lois d'un style plus correct, plus clair, plus châtié... Les procès deviendraient plus rares ³. »

Ce qui caractérise nos lois, aujourd'hui, c'est leur caractère trop général et trop vague, ce sont les lacunes qu'elles présentent : de telles lois constituent souvent des obstacles pour l'interprétation ⁴.

Mais, en plus de ces défauts, nos lois en présentent bien d'autres ⁵. Dès 1857, à la Chambre belge, dans des interventions très intéressantes, lors de la discussion concernant la création d'un conseil législatif, on constatait « les doubles emplois, les lacunes, les contradictions, les discordances, les obscurités de nos lois ⁶ » ; on rappelait en même temps que « souvent nos lois altérées, changées, broyées, fracassées, roulent de chute en chute jusqu'à la sanction royale, puis vont s'engloutir dans le *Moniteur* ⁷ ».

On conçoit facilement que de telles lois soient l'objet de doutes et de procès ; qu'elles découragent et désespèrent ceux qui les appliquent. Ce qui semble curieux, c'est que, malgré des discussions académiques très intéressantes, on ne voit pas d'améliorations réelles dans les lois belges.

Quelques dizaines d'années plus tard, en 1881, le distingué professeur Picard ⁸, après nous avoir tracé un tableau tout aussi sombre sur la façon dont sont rédigées

1. V. Caractère de la loi Béranger citée par Larcher, *Étude de droit constitutionnel. L'initiative parlementaire*, 1896, p. 221 ; v. aussi Barthélemy, *op. cit.*

2. Nous verrons cela d'une façon plus détaillée en parlant du langage.

3. *Annales parlementaires belges*, 1857, p. 99.

4. V. Perreau, article *Revue critique*, « A propos de la loi du 17 mars 1905 », complétant l'article 103 Code commerce.

5. V. sur toute cette question Barthélemy, *op. cit.*, p. 86-92.

6. *Annales parlementaires belges*, 1857, p. 97.

7. Savart, *op. cit.*, p. 98.

8. Dans son article des *Pandectes belges*.

les lois en Belgique et nous avoir cité un grand nombre d'exemples¹, termine avec ces paroles si attristantes pour tout juriste : « Au lieu de la vigoureuse mystique qui lie si fortement les hommes entre eux, on ne rencontre plus dans la législation que diversités et discordances : le désordre remplace l'harmonie, le pouvoir législatif oscille, incertain et sans direction...². »

Et si nous descendons plus bas, dans un livre nouvellement paru³, nous trouvons presque les mêmes critiques⁴. Tels sont les résultats qui se dégagent des travaux législatifs belges.

Sans doute, des voix contraires s'élèvent : tout en reconnaissant les défauts des lois belges, on demande de ne pas les exagérer⁵.

Tout optimisme, poussé trop loin en cette matière, nous semble dangereux, surtout lorsque les faits sont là pour nous démentir. Sans doute, des lois parfaites et trop précises ne cadreraient pas avec la mobilité de la vie ; mais ce qu'on ne conçoit pas, c'est qu'on n'ait pas cherché sérieusement à y apporter des améliorations ; et cependant tout le monde, — les députés eux-mêmes, — reconnaissent les grands défauts du travail législatif.

Si nous passons en Angleterre, nos constatations ne seront pas plus encourageantes ; on reconnaît depuis longtemps que les lois anglaises présentent, « quant à la forme et à la présentation, un tel chaos que rien ne semble pouvoir en augmenter la confusion et la contradiction⁶ ». *Bentham* déjà, dans un ouvrage publié

1. V. article cité.

2. Picard, *op. cit.*, p. XLIII ; v. aussi même auteur, p. XLII : il y déclare « qu'en Belgique la loi est boiteuse, imparfaite, souvent maladroite, parfois tristement plaisante ; elle fourmille d'antinomies, d'erreurs, de contradictions, de vices de rédaction et de style ».

3. Speyer, *Les réformes de l'Etat en Belgique*, 1927.

4. « Enfin, depuis la guerre, comment oublier la lamentable série sur les loyers, révisée, triturée, déchiquetée, renvoyée d'une Chambre à l'autre pour aboutir enfin à des transactions informes, à des textes dans les lacunes... les incertitudes... » (p. 80).

5. V. intervention débats, du ministre de la Justice, *Annales parlementaires de Belgique*, mars 1857 ; même sens aujourd'hui, Vanden Bossch, *op. cit.*, p. 15 ; discours Hymans, *Annales parlementaires belges*, 1926.

6. Stuart Mill, *Le gouvernement représentatif*, trad. Dupont-White, 1877, *op. cit.*, p. 116.

après sa mort¹, nous parle des grandes imperfections des statuts anglais : « les imperfections du langage employé n'exercent pas seulement une mauvaise influence sur l'esprit du public, mais aussi sur celui du législateur, qu'elles rendent confus et obscur² ».

Michon aussi rappelle les paroles du clerc éminent de la Chambre des Communes, M. de Frânqueville, qui, à la fin du siècle dernier³, parlait de la législation anglaise « hâtive et irréfléchie » ; il critiquait « le verbiage inutile de la rédaction et la mobilité législative qui entraîne l'incertitude, l'inconséquence et les ambiguïtés des textes ».

Il en est de même chez tous les autres auteurs consultés (*Ilbert*, *Boutmy*⁴, etc...) : tous relèvent les contradictions, le manque d'unité des bills anglais. Sans doute, ces défauts de la législation anglaise résultent aussi pour partie du caractère particulier au droit écrit anglais ; l'absence de codification entraîne une grande dissémination et dispersion dans le travail législatif⁵.

La perfectibilité des lois françaises n'est pas meilleure : la mauvaise rédaction des lois en France, surtout quant à la forme, est reconnue par les juristes les plus distingués⁶ ; tous ceux qui s'intéressent aux lois, ou sont appelés à les appliquer, restent déconcertés de la

1. *Œuvres complètes*, publiées par Dumont, 3 vol. 1840, dont le matériel avait été réuni entre les années 1811 et 1831, et qui ne fut publié qu'après la mort de l'auteur.

2. Cité par *Ilbert Courtney*, *op. cit.*, p. 95.

3. L. Michon, *L'initiative parlementaire*, 1899.

4. *Boutmy*, *op. cit.* : « La loi n'est pas seulement morcellée, éparpillée en une infinité de petits statuts; elle est encore très imparfaitement rédigée, et par ce mot j'entends que non seulement elle est en contradiction avec d'autres lois en vigueur, mais que souvent elle contredit elle-même dans sa fin ce qu'elle a dit dans son commencement » (p. 249).

5. « Les législateurs... subissent beaucoup l'influence de l'opinion immédiate du moment; ils font des lois sans tenir grand compte des principes généraux ni de la logique, et... manquent de l'habileté et des connaissances des experts » (*Dicey, Leçons sur le droit et l'opinion publique en Angleterre*, trad. Jèze, 1906, p. 375).

6. V. à ce sujet en plus de *Joseph Barthélemy et Capitant*, *op. cit.*, *Lar-naude, L'Inconstitutionnalité des lois*, p. 40; v. aussi *Jacquelin, Cours de droit administratif*, 1927-1928 : « ...la rédaction défectueuse des lois actuelles n'est plus à démontrer, et ici l'accord est unanime de ceux qui par profession ont à faire l'étude des lois. » (p. 20).

façon dont elles sont discutées et votées ¹.

Le Parlement français, avons-nous déjà dit, essaye de reviser le Code civil par voie de dispositions spéciales ² ; mais tout Code a un plan qui risque d'être rompu. Les lois nouvelles, confuses et contradictoires, portent ainsi chaque jour atteinte à l'ancien Code. Cela est d'autant plus douloureux que celui-ci présente de grandes qualités : ses articles sont écrits « dans une langue simple, précise, ponctuée avec soin, divisée en alinéas courts et peu nombreux..., faciles à lire et à comprendre, même pour les personnes non versées dans la science du droit. Clarté, précision, concision, mesure..., ce sont là les qualités qui le distinguent et en font un modèle qui n'a jamais été surpassé. » C'est ce que constate d'ailleurs, avec une profonde tristesse, notre très érudit Maître, M. Capitant ³ ; aussi, ne devons-nous pas nous étonner qu'on ait comparé le Code civil d'aujourd'hui à « une ville en démolition ».

C'est « au fur et à mesure du progrès de la démocratie et de l'amateurisme correspondant que non seulement le législateur s'est peu à peu éloigné de ce modèle, mais encore le modèle lui-même se trouve menacé, dans sa beauté sévère mais harmonieuse, par les retouches imprudentes que ne craignent pas d'y apporter des mains inexpertes ⁴.

Le législateur fait souvent entrer de force les dispositions des nouvelles lois dans les anciens cadres du Code civil ; de là, des articles hypertrophiés qui entraînent un

1. V. même sens Moreau, *La révision du Code civil et la procédure législative*, op. cit.

2. Il en est de même de tous les Parlements existant en pays de codification ; ils n'osent pas s'attacher à des réformes d'ensemble.

3. H. Capitant, *Comment on fait les lois aujourd'hui*, 1917 : parlant des lois nouvellement votées, surtout en droit de famille, l'auteur dit : « ces lois sont tellement imparfaites qu'elles déparent le monument législatif, comme des adjonctions maladroites faites sans souci du style de l'édifice, en détruisent la beauté et l'harmonie ; v. dans le même sens Barthélemy. *Le problème de la compétence dans la démocratie*, 1918, p. 82. Il ne faut cependant point s'exagérer les qualités du Code civil français : v. en ce sens, Barthélemy, op. cit., p. 82 ; v. aussi Ambroise Colin, *Gazette du Palais*, jeudi 21 oct. 1886, p. 3, col. 3.

4. Barthélemy, op. cit., p. 86 ; v. aussi sur tout cela Capitant, op. cit.

véritable déséquilibre dans les divisions de l'ancien Code¹.

En dehors même des lois modificatrices du Code civil, le travail législatif de nos Parlements n'est pas meilleur²; certains auteurs soutiennent même qu'« au cours de ces dernières années, se sont multipliées les rédactions équivoques qui laissent les citoyens dans l'incertitude, multiplient les procès et permettent d'ailleurs aux tribunaux des interprétations contraires à la volonté du législateur³ ».

Ce qui caractérise cette époque, c'est le manque d'unité employée dans le langage des différentes lois; mais ce qui frappe surtout, c'est le manque d'unité quant aux matières traitées dans une même loi. Nous trouvons souvent, en effet, dans les lois de finance, de nombreuses dispositions de droit civil⁴; c'est sans doute là une très mauvaise méthode de travail: elle ne permet pas d'étudier, dans leur ensemble les questions de droit civil; elle fait qu'un grand nombre de lois nouvelles sont ignorées par les praticiens.

Il faut reconnaître cependant que cette façon de légiférer « est devenue un sport: la loi de finance, transformée en bric-à-brac législatif, sert de supplément annuel à tous nos codes⁵ ».

1. V. Lévy-Ullmann, Rapport sur le projet relatif à l'acquisition et à la perte de la nationalité, *Bull. Soc. Et. Lég.*, 1917; Barthélemy, *op. cit.*, p. 86: M. le Professeur Barthélemy y voit « un des symptômes des méthodes nouvelles de rédaction »; v. aussi Capitant, *Comment on vote les lois aujourd'hui*;

2. Lévy-Ullmann, Discours sur le Code civil, Université de Lille, 17 mai 1904, v. *Revue Intern. de l'Enseign.*, 1904, 2, p. 136; même sens Barthélemy, Le Gouvernement législateur, *Revue pol. et parl.*, mai 1917, p. 6-8.

3. Barthélemy, *op. cit.*, p. 88.

4. V. cas cités par Planiol dans son article « Les lois ignorées », *Revue critique*, 1911; v. aussi loi budgétaire du 30 déc. 1917, limitant le droit de succession légale. Cette façon de légiférer a été imitée par les pays étrangers, c'est ainsi que le droit successoral légal en Roumanie a été restreint par la loi de juin 1921.

5. Planiol, Les lois ignorées, *Revue critique*, 1911; v. aussi Perreau, Chronique législative du droit civil en 1910, *Revue critique*, 1911: « Constatons une fois de plus l'habitude de nos Chambres législatives, d'incorporer à la loi de budget des dispositions qui lui sont étrangères » (p. 360); v. aussi Saleilles, Droit civil et droit comparé, *Revue internationale de l'Enseign.*, 1911-12, relevant qu'« aujourd'hui on ne prend même plus de peine de dissimuler ces interventions législatives sous la forme de rectifications

Tels sont les caractères de notre travail législatif ; nous avons cité suffisamment d'auteurs et examiné leurs opinions¹, l'atmosphère qui s'en dégage est profondément attristante. Et nous pourrions continuer !... Mais citer d'autres auteurs en cette matière, nous paraît superflu : dans bien d'autres pays, en Allemagne², en Italie, en Amérique³, en Roumanie, etc..., on entend les mêmes critiques : on se plaint de tous côtés du manque d'unité, des lacunes et contradictions, des erreurs grossières en matière de droit civil, que renferment nos lois. De là, un grand nombre de lois inutiles « qui portent en elles-mêmes la raison de leur non-application ». Sans doute, toute exagération, quant à la mauvaise production du travail législatif, serait nuisible ; mais dans la floraison surabondante des lois, il en est trop qui sont mal faites, obscures, inintelligibles, susceptibles des interprétations les plus diverses et les plus opposées, en contradiction les unes avec les autres... Ainsi « sont violées les règles les plus élevées de la technique, celles qui confinent à l'éthique même, aux principes de la législation⁴ ».

On comprend facilement que de tels résultats puissent décourager... On a espéré pendant longtemps que le

budgétaires. Le budget est devenu le lieu géométrique de toutes les réformes que l'on veut faire passer par surprise » (p. 11).

1. V. aussi Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908, qui constate qu'« en France, le travail juridique se poursuit d'une manière fragmentaire et incohérente ; il n'est pas organisé ».

2. Henry I. Terry constate aussi dans son article publié dans l'*American Bar Association Journal*, 1924 : « Duties, rights and wrongs ». The American Law Institute has taken in hand the matter of the arrangement and classification of the law. It is high time that that was done. The substance of our law is in the main very good, full of justice and good sense. But in point of form it is chaotic » (p. 123). V. aussi quant aux travaux de « The American Law Institute », *American Bar Association Journal*, 1924, p. 162.

3. C'est ce que constatait tout dernièrement encore Dr Hungenl, président du Tribunal de commerce : « La loi sur le mariage se trouve dans un état chaotique ; toutes les tentatives faites depuis un an et demi n'ont pas abouti » (*Deutsche Juristen Zeitung*, 1929, Heft. 1, p. 54) ; v. pour le siècle dernier, Prof. Dr Otto Wendt, *Rechtssatz und Dogma*, qui révélait qu'« une loi est faite très rarement chez nous, satisfaisant dans son contenu et dans sa forme aux exigences qu'on peut poser » (*Ihering-Jahrbücher des Heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts*, Iéna, 1890, p. 29).

4. Barthélemy, *op. cit.*, p. 78-80 ; v. aussi Giraud, *La crise de la démocratie*, 1925, p. 27-28 ; Ladislas Van Hoorebeke, *La réforme parlementaire*, 1929, p. 25.

Sénat améliorerait le travail législatif. Il faut reconnaître aujourd'hui que cet espoir est vain ; les lois sortent tout aussi mal rédigées du Sénat que de la Chambre ; bien plus, les deux corps, comptant l'un sur l'autre pour améliorer la loi, apportent moins d'attention dans sa rédaction.

Aussi, certains soutiennent que le régime parlementaire est un obstacle à la bonne rédaction des lois¹ ; nous examinerons plus tard cette opinion, mais dès maintenant nous tenons à affirmer que le régime parlementaire ne peut être cause de tant de maux.

Sans doute, le mode d'élection des Chambres peut avoir une influence décisive quant à la valeur intellectuelle de ceux qui légifèrent ; mais nous constatons avec Speyer² que « la confection vicieuse des lois n'est nullement un phénomène récent de la démocratisation des assemblées parlementaires ». C'est, en effet, en plein régime censitaire que Picard publiait son article de 1881³ ; il en est de même pour la Roumanie, où, malgré le régime censitaire qui dura jusqu'en 1918, la production législative du Parlement ne fut pas meilleure⁴.

Ce qui rend la rédaction des lois plus difficile, c'est la complexité de la vie qui grandit de jour en jour ; le législateur, avons-nous dit, voit son domaine s'agrandir ; on le sollicite de toutes parts ; mais cette tâche paraît

1. Barthélemy, *op. cit.* « Les futurs historiens du droit ne pourront pas manquer d'être frappés de la concordance entre les progrès démocratiques et une crise générale de la rédaction législative » (p. 82) ; v. aussi même sens Glasson, *Grande Encyclopédie*, « Etude sur la loi » ; Larnaudé, *L'évolution actuelle du régime représentatif* : « ce qui est certain, c'est que le régime représentatif a abouti sur ce point au désordre que tout le monde reconnaît, à une incompétence désolante et pleine de dangers » (p. 55).

2. Speyer, *La réforme de l'Etat en Belgique*, p. 77.

3. *Pandectes belges*, t. VI ; v. aussi pour la France, Rousset, *Codification*, *Rev. crit. de légis. et de juris.*, t. IX, 1856, p. 324-325.

4. Il serait facile de citer ici un grand nombre d'autorités juridiques roumaines, affirmant l'insuffisance du Parlement roumain en matière législative. Nous ne le ferons pas, de peur d'en oublier quelques-unes. V. cependant le magistral Exposé des motifs du projet de loi sur le Conseil législatif, présenté au Sénat roumain dans la session 1885-1886, par Eugen. Stasesco, l'un de nos plus éminents ministres de la Justice, publié dans l'édition « Biblioteca Juridica », 1919 : le ministre de la Justice, parlant des lois rédigées dans le dernier quart de siècle, constatait que : « beaucoup d'entre elles présentent des défauts tant sous le rapport de l'unité que sous celui de la clarté et d'une bonne rédaction » (p. 8).

trop lourde pour lui. Pour qu'il puisse y subvenir, il faut changer l'ancienne méthode de travail ; c'est ce que nous verrons plus tard.

Pour comprendre la nécessité de ce changement, contentons-nous de constater, dès maintenant, le grand nombre de propositions qui deviennent caduques à la fin de chaque législature, les travaux accomplis qui demeurent inutiles¹. Lorsque les propositions ont pris la forme de lois, elles présentent les déficiences dont nous avons parlé plus haut : or, ces contradictions et lacunes dont nos lois souffrent trop souvent, donnent lieu à des revisions multiples ; le Parlement est souvent appelé à revoir une même loi plusieurs fois² ; de là, une grande perte de temps.

Ce système des revisions devient de plus en plus habituel pour nos Parlements ; ce qui le crée, c'est surtout l'état d'esprit qu'on rencontre souvent chez nos députés et sénateurs³ ; tout en reconnaissant les imperfections de la loi, ils comptent sur la revision pour en obtenir l'amélioration désirée, et en accélèrent le vote,

1. Il ne faut cependant pas oublier que conformément à l'article 18 du règlement, « les rapports sur le fond, déposés par les commissions de la précédente législation, peuvent être repris et renvoyé aux commissions nouvelles, soit sur l'initiative des commissions elles-mêmes, soit sur l'initiative de ses membres ». V. sur toute cette question Ribell Henri, *De la caducité des propositions et des projets de lois*, thèse Paris, 1909.⁴

2. Les exemples qu'on pourrait citer sont trop nombreux ; v. cependant les lois du 7 novembre 1907 et du 30 décembre 1915, « sur la légitimation des enfants incestueux et adultérins », les différentes lois sur la petite propriété apparues au commencement de ce siècle, — malheureusement les dernières retouches ne sont pas meilleures que l'original ; v. sur tout cela, Capitant, *Comment on fait les lois aujourd'hui*, 1917 ; Barthélemy, Le Gouvernement législateur, *Rev. pol. et parl.*, mai 1917 : « Le législateur de la III^e République a abusé des « lois à l'essai » (p. 7) ; Paul Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse, Lille, 1914, p. 61. C'est ce que constate aussi pour l'Allemagne Justus Wilhelm Hedemann, *Über die kunst Gute Gesetze zu machen. Festschrift Otto Gierke, zum Siebzigsten Geburtstag*. L'auteur constate que « la méthode de raccommodements est devenue le pain quotidien de la législation moderne... Cette méthode est très laide et dangereuse dans son application » (p. 14).

3. V. notamment Léon Bérard, Rapporteur à la Chambre du Projet de loi adopté par le Sénat, instituant les pupilles de la nation, séance de la Chambre du 19 juillet 1917 : tout en reconnaissant qu'on « rencontre... dans le texte du Sénat, des déficiences de rédaction, des méprises surprenantes, des erreurs juridiques d'une amplitude : telle que j'ai pu les qualifier de lapsus », il demande cependant de le voter ; Déclaration de M. Ribell, citée par Jèze, La révision des marchés de guerre, *Revue de Droit public*, 1920, p. 420.

Cet état ne peut plus durer ; nous nous trouvons en présence d'une crise généralisée de la rédaction.

« Il n'est pas de bons citoyens à qui cela ne donne de l'inquiétude ou de la colère... C'est un jeu pernicieux et odieux... Une nation doit s'appartenir, et le prouver par la forme extérieure de ses lois ¹ » ; de toutes parts, on accuse le Parlement d'impuissance : on demande son remplacement par d'autres organismes.

Cette question est d'une profonde actualité aujourd'hui ; car si le Parlement est incapable de légiférer, toute révision de nos codes paraît impossible. Aussi, faut-il essayer d'établir les bases d'une nouvelle méthode ; l'ancien système de fonctionnement doit être modifié. Il y va de l'existence même du régime parlementaire.

Quelle sera cette méthode ? Nous le verrons dans notre quatrième section. Mais avant d'y arriver, il faut essayer de préciser les différentes causes qui créent cet état de troubles législatifs. Sont-elles profondes ? Peut-on les écarter ? C'est ce que nous verrons dans les développements qui suivront.

III. — CAUSES

19. Il nous faudra étudier maintenant les causes qui président à la mauvaise rédaction d'une loi ; il faut commencer par les connaître, afin de pouvoir les écarter ensuite.

On accuse trop souvent le régime parlementaire de tous les maux dont nous souffrons aujourd'hui ; sans doute, la façon dont sont élues nos Chambres influera pour beaucoup sur la valeur de celles-ci, et par contre-

1. Picard, *Pandectes belges*, VI, 1881 ; la mauvaise rédaction et l'imprécision de nos lois produit « une enervation du respect dû à la loi ; on s'habitue à ne plus voir dans le droit promulgué la norme positive et suprême de la vie » (Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, Recueil publié par la Faculté de droit de Lausanne, 1896, p. 92).

coup sur leur production¹ ; mais nous avons déjà laissé prévoir que bien d'autres causes devaient intervenir et vicier notre travail législatif. Essayer de les exposer sera l'objet de cette section.

19^b. Nous l'avons déjà dit, lorsque nous avons parlé de la méthode de travail de nos Parlements ; quelque bonne que fût la méthode employée, les résultats qu'on pouvait en obtenir dépendaient des qualités de ceux qui l'appliquaient ; or, il faut le reconnaître, ces qualités ont baissé dans les dernières dizaines d'années.

Certes, nos Parlements contiennent encore des éléments distingués ; mais ce qui caractérise notre époque, — et cela dans tous les pays, — c'est l'abstention au Parlement des techniciens, des intellectuels². Il y a là un fait certain que beaucoup ont essayé d'expliquer, mais que tous déplorent : « Il y a des hommes qui consacrent leur vie entière à l'étude du droit, et découvrent tous les jours des domaines inexplorés ; or, par la grâce du suffrage, un individu quelconque, médecin, artisan, ouvrier, se trouve appelé tout d'un coup à statuer sur le perfectionnement de ce qu'il ignore³. » C'est un fait brutalement exposé, mais réel ; il faut, souvent, pour faire partie de nos Parlements, savoir flatter les instincts et les passions du suffrage universel ; or, les gens supérieurs s'y refusent...

Aussi le régime parlementaire a-t-il donné naissance à

1. V. même sens Aucoc, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1874, p. 379.

2. Le parlementarisme « a apporté un nouvel élément arbitraire dans la législation : la puissance du chiffre... Personne ne niera que cette puissance du chiffre peut avoir quelque chose de malheureux, si les grandes œuvres de l'unité nationale sont condamnées à l'échec c'évant elle » (Wilhelm Hedemann, *Über die Kunst Gute Gesetze zu machen. Festschrift Otto Gierke zum Siebzigsten Geburtstag*, s. 13).

3. Barthélemy, *Le problème de la compétence dans la démocratie*, 1918, p. 53 ; même sens, Colmo, *Tecnica legislativa del Codice civil Argentino*, 2^e éd., 1927 : « les professionnels de la politique sont des politiciens d'occasion ; l'action dans les comités électoraux suppose peu de raison et de conviction : c'est la dialectique de la rue, les mots grossiers qui l'emportent, et souvent surtout la passion... » ; même sens Edmond Picard, *Introduction*, t. I, *Pandectes belges* : « Nos Chambres législatives sont en majorité composées d'hommes incompétents en matière de droit et obéissant chaque jour davantage, même dans les lois privées, à un esprit de parti qui gâte les travaux les mieux préparés » (p. 15).

la classe semi-docte des politiciens, éléments médiocres, réfugiés de la vie dans la politique, pour y trouver un... siège de député. C'est « l'homme parlementaire ¹ », fruit du suffrage universel, qui constitue cette majorité amorphe des partis (et même des Chambres) ; il en est l'instrument docile, puisqu'il leur doit toute son existence... Ceux-ci ont besoin de lui pour assurer leur unité de vote et de tactique ; ils lui imposent souvent toutes les humiliations..., et même de renoncer à sa dignité de mandataire ².

On comprend facilement que de tels députés ne puissent pas toujours être à la hauteur de leur charge de législateur ; car, « faire des lois est la plus haute fonction sociale. S'il faut des hommes spéciaux pour appli-

1. Dont Charles Benoist nous a tracé un si beau portrait dans son « Le Parlementariste », *Revue des Deux-Mondes*, 1925, p. 763 et suiv.; v. aussi Faguet, *Le culte de l'incompétence*, 1919; Caudel, *La crise du parlementarisme*, *Rev. Sc. pol.*, juillet-août 1926, p. 383; paroles de M. Paul Hymans, rapportées par Ladislav Van Hoorebeke, *La réforme parlementaire*, 1929, p. 5.

2. Charles Borgeaud, *op. cit.*, cite James Bryce, *Modern Democracies*, t. II, p. 632 : « la démocratie contemporaine présente des signes de déclin, parce que la représentation et l'autorité morale des législations électives ont été en diminuant dans presque tous les Etats », et il ajoute que : « le meilleur moyen de parer à ce déclin... c'est de rendre les députés plus indépendants de ceux qui les font élire ». Or « cela ne serait irréalisable que s'il n'y avait aucun moyen de faire respecter par tous les partis, comme ils l'ont dû être par toutes les circonscriptions électorales, les articles constitutionnels qui interdisent toute espèce de mandat impératif » (*De l'évolution actuelle du régime représentatif*, p. 28). Le principe prohibant le mandat impératif fut inscrit dans la constitution française de 1791, d'où il passa dans toutes les constitutions modernes (Pierre, *Traité...*, p. 311, n° 300); nous rencontrons cependant dans l'histoire parlementaire, des mandats impératifs sous forme de « démissions en blanc » données au bureau des partis. Le Parlement en prononce toujours la nullité; v. Pierre, *op. cit.*, p. 313, n° 301; Bluntschli aussi, dans son *Le droit public général*, disait que le mandataire doit être libre; il ne peut recevoir des instructions des électeurs. Il citait à cette occasion Bruke, *Discours 1774* : « Le Parlement n'est pas un Congrès d'ambassadeurs ayant à discuter entre eux des intérêts opposés ou hostiles, agents et mandataires contre d'autres agents; mais l'assemblée délibérante d'une nation n'ayant qu'un intérêt, celui de l'ensemble, s'édagant des vues et des préjugés de clocher pour ne regarder que le bien commun »; même sens Washington, *Lettre du 15 novembre 1786*, p. 89 et note 1. Cette question paraît très intéressante, mais nous ne pouvons nous y arrêter plus longtemps vu son caractère de droit constitutionnel pur; v. cependant Ladislav van Hoorebeke, *op. cit.*, qui après avoir critiqué la rédaction des lois en Belgique, ajoute : « Pis encore depuis que le mandat impératif plus ou moins avoué s'est imposé aux élus de la démagogie (v. à ce sujet la réforme de l'Etat, par Fr. Gaushof, *Flandre libérale* du 22 mai 1927), l'œuvre législative n'est bien souvent plus que l'écho des résolutions de quelque vague cercle d'études, composé Dieu sait comme... » (p. 28; v. même auteur, p. 29, p. 42).

quer les lois et pour les enseigner; à plus forte raison en faut-il pour les préparer ¹ ».

20. Or, nos Parlements ont en premier lieu à remplir une fonction politique ²; c'est dans ce but que les électeurs les ont élus : on n'a pas tenu compte, au moment de leur élection, de leurs connaissances spéciales, de leur compétence en matière de législation ; leur rôle devrait se restreindre à rédiger et voter les lois politiques qui n'ont pas de caractère technique ; le nombre des questions politiques à résoudre par le Parlement se multiplie d'ailleurs de plus en plus ; il encombre ses travaux et retarde souvent le vote des lois nécessaires. Nous verrons plus loin si, — et dans quelle mesure, — le Parlement devrait intervenir dans la rédaction des lois civiles ; bornons-nous de constater son incompétence en cette matière ³. Il faut reconnaître d'ailleurs que le Parlement ne se passionne pas pour le vote des lois civiles ⁴ ; il sait que sa réélection n'en dépendra pas : les questions techniques sont des questions très difficiles que tous les électeurs ne veulent et souvent ne peuvent même pas comprendre.

De plus, « un auditoire ne s'intéresse jamais aux questions de spécialités ⁵ » : aussi les lois civiles se traînent-elles de session en session, en attendant leur discussion ;

1. Laurent, *Belgique judiciaire*, 1878, p. 738.

2. V. Moreau, *La révision du Code civil et la procédure législative*, op. cit., p. 1046; P. Pic, Une loi de façade : le nouveau Code du travail. *Questions pratiques*, 1911, p. 18.

3. Sir Frédéric Pollock, *Some defects of common law*, p. 14, qui, après nous avoir indiqué les conditions qu'un bon rédacteur de lois doit réunir, ajoute : « We shall offer no insult to the intelligence of members of Parliament in saying that most of them are without these special qualifications. None is there any expert whose business is to guide or superintend the technical parts of legislation »; v. même sens pour l'Amérique, Urban A. Lavery, *The Language of the Law*, *American Bar Association Journal*, 1922, t. VIII, p. 271.

4. V. Moreau, op. cit. « On sait comment il les traite : elles passent inaperçues. Aucun fracas autour de l'initiative... » (p. 1043); Joseph Barthélemy, op. cit., p. 115; Henri Chardon, *L'administration de la France*, p. 76; Percerou, A propos du livre d'Alvarez, *Revue crit. du droit et de juris.*, 1905, p. 112.

5. Léon Daudet, *Paris vécu*, 1929, p. 100; en sens contraire, Pierre, op. cit., p. XII, qui invoque le grand nombre de contradictions que toute loi soulève, *Introduction au Suppl.*, 1900.

et lorsque le moment arrive, elle a souvent lieu devant des bancs vides¹.

De là de grands retards dans le vote des lois civiles ; de là aussi l'obligation où se voit souvent le Parlement d'agir à l'improviste, et sous la poussée des circonstances². On conçoit facilement que de telles lois, mal étudiées, rédigées en hâte, présentent tous les défauts dont nous avons parlé plus haut.

Nous savons déjà qu'en France et dans tous les pays du continent, la discussion des propositions et projets de lois se fait en commissions permanentes ou spéciales³ ; en Angleterre, dans les « Standing Committees » et dans « the Committee of the Whole house ». Or, il faut le reconnaître, on rencontre dans ces commissions des éléments très distingués et compétents ; c'est là que se réfugient les techniciens les plus réputés des différents partis.

Les places dans ces commissions techniques⁴ ne sont d'ailleurs pas très recherchées par les hommes politiques ; on y travaille trop en silence et surtout trop sans éclat ; ni la popularité, ni le fauteuil ministériel ne peuvent s'y acquérir. Aussi, on y trouve surtout des membres distingués de l'enseignement et de la technique⁵ ;

1. Colmo, *op. cit.*, p. 274, voit un grand bienfait dans ce manque d'intérêt de la part du Parlement.

2. V. J. Barthélemy, *op. cit.*, p. 27 ; Bartin, Les droits et pouvoirs du père comme administrateur légal, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906 : « vous savez comment les choses se passent dans les assemblées délibérantes : une question frappe sur le moment. Tout le monde se dit : comment a-t-on pu vivre si longtemps sans que cette question fût législativement résolue et la matière réglementée ? Sans désespérer, on fait un projet de loi, quitte « à l'oublier le lendemain » (p. 297-298).

3. Il en est de même en Allemagne où, à côté des quinze commissions permanentes, le Reichstag peut nommer un nombre de commissions spéciales non limité. V. là dessus, Die arbeit des Reichstags von Universitäts professor Dr Georg. Schreiber, M. d. R., art. publié dans *Der Deutsche Reichstag*, Eine kurze einföhrung in seine Arbeit und seine Organisation, von Paul Löbe, präsident des Deutschen Reichstag, p. 27-28, 1929 ; en Belgique, l'examen de tout projet important est confié à la Chambre, « à une section centrale élue par des sections dont la composition est réglée par le sort. Au Sénat, à des commissions permanentes », Speyer, *op. cit.*, p. 81, note 3.

4. Dans la commission de législation par exemple.

5. « Ces grandes commissions constituent le grand laboratoire législatif. La grande commission groupe solidement les spécialistes » (J. Barthélemy et Duez, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1926, p. 448) ; V. même sens, prof. Dr Georg. Schreiber, M. d. R., *op. cit.*, p. 28.

rendons-leur hommage, car ce sont souvent les seules vraies compétences survivantes du régime parlementaire.

En Angleterre, le système du « Committee of the Whole house », en permettant de grouper normalement toutes les compétences dans les discussions techniques, pourrait fournir des projets très sérieusement étudiés.

Tant en France qu'en Angleterre, l'exécutif peut intervenir dans le travail des commissions ; par l'intermédiaire de ses bureaux, il peut y apporter une aide utile et souvent recherchée.

21. Il faut reconnaître que ces commissions sont souvent insuffisantes pour examiner tous les projets et propositions qui leur sont envoyés¹ : nous le verrons bientôt, le régime parlementaire d'aujourd'hui se caractérise par un trop grand nombre d'initiatives émergeant de toutes parts ; la prise en considération n'est souvent « qu'une politesse que la courtoisie des parlementaires ne refuse jamais à l'œuvre de confrères² ».

De là un encombrement dans les travaux des commissions : le moindre projet exige souvent un temps très long pour pouvoir être sérieusement étudié³ ; or, on est souvent obligé d'agir à la hâte, à l'improviste, pour satis-

1. Cette insuffisance résulte souvent du nombre limité de membres qui prennent part aux travaux. « Il n'est pas rare que sur 44 membres, une douzaine seulement soient présents. Comment veut-on que les décisions prises par ces commissaires zélés mais trop peu nombreux puissent faire autorité non seulement auprès de la Chambre siégeant en assemblée générale, mais auprès de la commission elle-même ? » (Aubert Lefas, *La réforme des méthodes du travail parlementaire*, *Revue des Sc. pol.*, janvier-mars 1930, p. 59).

2. Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 76 ; v. dans le même sens Lyon-Caen, *Présentation du livre d'Emile Larcher*, *op. cit.* : « Il y a des commissions dites d'initiatives parlementaires qui ont été créées pour arrêter au passage les propositions mal conçues ou dangereuses. Mais ces commissions ont pris l'habitude de conclure avec la plus grande facilité à des prises en considération » (p. 687).

3. Car « toute proposition est soumise à la terrible procédure parlementaire ; discours dans les commissions, discours dans les séances publiques, amendements, renvois à la commission pleuvent sur elle. Je ne veux pas insister sur cette plaie du régime parlementaire. Nous suivons la plus mauvaise méthode qui ait jamais été pratiquée pour faire la loi ; elle est jugée et condamnée » (Larnaude, *L'évolution actuelle du régime représentatif*, p. 55).

faire un besoin du moment¹ ; aussi, souvent, aucun examen sérieux des projets ne peut intervenir.

Quoiqu'elles soient permanentes, les commissions sont élues pour un laps de temps assez court ; elles n'ont pas le temps d'entreprendre les grandes réformes nécessaires ; elles se contentent souvent d'agir par lois spéciales qui présentent moins de difficultés techniques et peuvent, dès lors, être votées plus facilement par le Parlement. Nous savons d'ailleurs qu'un grand nombre de leurs travaux risquent de demeurer caduques avec la fin de la législature. De là l'obligation pour les commissions d'aller vite et de sacrifier souvent la valeur à la promptitude de la rédaction.

Nous avons dit que la discussion des lois peut avoir lieu aussi en commissions spéciales élues par les Chambres ; or, celles-ci ne présentent presque jamais le caractère de compétence que nous avons rencontré plus haut².

22. Le rapport une fois rédigé, le projet de loi vient en séance publique. Nous avons vu l'importance de la rédaction de la loi ; mais, quelque bien rédigée qu'elle soit, son avenir dépendra pour beaucoup de la façon dont se fera la discussion publique³ ; or, on le recon-

1. Quelquefois un grand nombre de lois sont votées en fin de session. « En quelques jours, parfois en quelques heures, des projets de lois d'une importance capitale pour l'avenir économique du pays sont soumis à un simulacre de discussion par les commissions, commentés dans un semblant de rapport (qui souvent est rédigé à l'avance) et voté avec une hâte indécente, sans débat ou après une discussion superficielle et écourtée » (Speyer, *op. cit.*, p. 98).

2. V. Speyer, *op. cit.*, p. 92 ; V. même sens, Paul Lôbe, avant-propos à *Der Deutsche Reichstag, eine Kurze Einführung in seine Arbeit und seine Organisation*, Berlin, 1929. Répondant à ceux qui accusent le Reichstag de ne pas travailler suffisamment, l'auteur indique le grand nombre de travaux que suscite le moindre projet, p. 5-6 ; voir aussi l'ancien chancelier Dr Marx, M. d. R., *Die Aufgaben des Reichstags*, *op. cit.*, p. 11.

3. Edmond Picard, dans les *Pandectes belges*, p. 15, suppose que le projet a été rédigé par « des commissions éclairées, » : « mais que subsiste-t-il la plupart du temps de leur œuvre, après qu'il a passé par cet appareil concasseur et triturateur que l'on nomme Pouvoir législatif ? » ; v. aussi Jacques Berney (prof. Lausanne), *L'Initiative populaire et la législation fédérale*, Recueil publié par la Faculté de Droit de Lausanne, p. 277, qui parle des « amendements élaborés à la hâte », qui « aboutissent souvent à bouleverser l'économie du projet, par l'adoption des dispositions incohérentes, véritables *cruces jurisconsultorum* » ; v. même sens, discours Savart, sur le Comité

naît depuis toujours, aucune méthode sérieuse ne préside à toutes ces discussions.

Le moindre projet de loi est trop souvent le crible d'amendements naissants de toutes parts, chacun veut prendre part à la discussion ; sur un même article croît « une forêt d'amendements qui ne sont que des prétextes à discours et qui disparaissent avant le vote...¹ ». Et lorsqu'ils ne disparaissent pas, ils « s'enfoncent comme un coin dans la loi et s'y installent définitivement² » ; résultats des improvisations et des passions germant en séance publique y sont souvent en contradiction avec tous les principes de technique législative³. Ils constituent la cause la plus efficiente de la mauvaise rédaction de nos lois⁴ ; ils en détruisent souvent le plan et en rompent l'unité.

Quelque supérieure que soit la rédaction d'une loi au moment de son arrivée en séance publique, elle ne pourra survivre à une telle procédure parlementaire⁵.

Sans doute, tout amendement doit être soumis à une commission spéciale ; mais leur nombre est trop grand pour pouvoir donner lieu à un examen sérieux. Tous les auteurs, d'ailleurs, constatent que « les tolérances sont très grandes à l'égard de la reproduction d'un amendement rejeté⁶ » ; le danger est d'autant plus grand que, conformément à la Constitution française, tout membre

de législation, *Annales parlementaires de Belgique*, Débats Sénat, séance du 16 mars 1857, 1856-1857, p. 96 ; v. aussi même sens, discours du ministre de la Justice, du sénateur Van Schorr, du ministre de l'Intérieur ; Kautsky, *Parlementarisme et socialisme*, chap. IX, La rédaction des lois, p. 99.

1. Eugène Pierre, *Traité de droit...*, suppl., 3^e éd., 1914, p. XXXV, préface du Suppl. de 1906.

2. Pierre, *op. cit.*, Introd. Suppl. 1900, p. XXIV.

3. « Au cours d'un débat chaotique, des amendements rédigés à la hâte et qui troublent peut-être profondément l'économie générale du projet en discussion, risquent d'être adoptés plus ou moins à l'improviste, et sans qu'une étude suffisante ait permis d'en faire ressortir toutes les conséquences » (Speyer, *op. cit.*, p. 100).

4. Pierre, *op. cit.*, n^o 701, p. 909 et suiv.

5. Même sens, Courtney Ilbert, *op. cit.*, p. 14 : « Many an act of Parliament, originally prepared with the greatest skill, and introduced under the most favorable circumstances, does not become law till he has been made a thing of shreds and patches hardly recognisable by its author » ; v. aussi l'exemple cité p. 15 et suiv. ; sir Pollock, *A first book of Jurisprudence*, n^o 33, p. 332.

6. Pierre, *op. cit.*, p. 909 et suiv.

dans chacune des Chambres « a personnellement le droit d'initiative ¹ ».

Le règlement n'indique pas d'habitude le délai dans lequel ils devront être déposés ² ; de là, « des amendements improvisés en séance, qui ne sont connus ni de la commission, ni du Gouvernement, ni de la présidence, qui ne peuvent être étudiés ni au point de vue du classement, ni au point de vue de la discussion, troublent singulièrement le vote des lois. Aussi, en l'absence d'un texte réglementaire, les présidents (même celui de la commission) s'efforcent d'obtenir de la courtoisie de leurs collègues qu'ils veuillent bien déposer les amendements avant l'ouverture de la séance ³ ». On comprend facilement, avec une telle méthode de travail, que nos lois soient si pleines de lacunes et de contradictions. Le moindre projet donne lieu à beaucoup trop de changements ; il est l'objet de tant de transactions et tractations entre les partis ⁴, qu'il perd son unité et son harmonie. Cela a été reconnu depuis toujours et dans tous les pays.

« C'est un lieu commun de la littérature politique que les amendements bouleversent les projets les mieux éla-

1. Aussi dans la pratique « les amendements revêtus d'une signature unique sont les plus nombreux; il y a même une tendance à abuser de cette liberté de l'initiative individuelle; il n'est pas rare de rencontrer sur un article, trois ou quatre amendements qui ont le même but, qui sont souvent rédigés en termes identiques, et entre lesquels la présidence ne peut plus établir de priorité qu'en se référant à la date du dépôt » (Pierre, *op. cit.*, n° 696, p. 904); voir aussi même sens, Aubert Lefas, *op. cit.*, p. 510-511, qui constate le dépôt à la Chambre dans le cours d'une année (1^{er} juin 1928-26 juin 1929) « de mille soixante-dix-huit propositions de lois ou de résolutions, ainsi que de mille quatre-vingts amendements ».

2. Pierre, *op. cit.*

3. Pierre, *op. cit.*, p. 919-920 : M. Pierre cite le Président Brisson qui se plaint aussi que « le texte de loi est distribué depuis longtemps et on attend jusqu'au moment du vote pour présenter de nouvelles rédactions » (13 juin 1904) cité par Pierre, p. 920.

4. Weck Hermann, *Die Sprache im Deutschen Recht*, 1913 : « Le projet émanant des idées d'un seul homme ne pourrait pas rendre justice à tous les desiderata des divers groupes. Il appartient au Gouvernement de transiger entre les tendances opposées. Ce travail est d'autant plus facile que le projet est ferme et précis dans son langage et dans son contenu » (p. 57-58); voir Ilbert Courtinay, *op. cit.*, p. 195, qui indique les désavantages qui résultent pour la technique de la loi, de ces transactions.

borés¹. » Bluntschli² déjà au siècle dernier constatait « que les Chambres du continent ont généralement ce droit aujourd'hui, mais elles l'exercent avec moins de mesure que les Anglais auxquels il est emprunté. Les commissions peuvent, sans inconvénients, en user largement. Il en est autrement des Chambres dans leurs délibérations principales. Les amendements peuvent amener ici des erreurs et des surprises, rompre l'harmonie de la loi, en faire même oublier l'objet³ ».

Telle est la principale cause de la mauvaise production de nos Parlements ; l'examen de tant d'initiatives ne peut être que superficiel, il alourdit la machine parlementaire et empêche son fonctionnement normal. Quant aux amendements qui modifient la loi, ils peuvent présenter les plus grands dangers, car ils en détruisent l'harmonie et en obscurcissent le sens.

On conçoit qu'une telle procédure parlementaire empêche l'aboutissement de toute réforme plus importante ; elle nous paraît « incompatible avec la refonte

1. Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 115; même sens Eugen. Stâtesco, *op. cit.*, p. 10; Pollock, *A first book of Jurisprudence* : « Il y a un véritable danger à ce que tant les principes que l'application de la loi, fussent amoindris par les « Well meant adventures, of amenders », qui ne sont pas suffisamment instruits pour comprendre les difficultés de leur tâche et qui ne sont pas le moins du monde intéressés à sa bonne exécution » (p. 331); Tarbouriech, *Du Conseil d'Etat comme organe législatif*, p. 4; Sabatier, *L'art de faire les lois. Bonaparte et le Code civil*, 1927; v. cependant F. Vanden Bosch, *Contre l'institution du Conseil d'Etat législatif* (discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de la Conférence française du Jeune Barreau de Gand, 4 nov. 1890 : l'auteur s'élève contre « les défauts qui ont été singulièrement exagérés et surtout injustement imputés au seul Parlement ». « Le Parlement, dit-il, n'est certainement pas sans reproche. Mais les meilleures lois, celles même qui n'ont pas été élaborées par le Parlement, n'ont-elles pas leurs lacunes et leurs erreurs ? » (p. 449). Et l'auteur cite le Code civil. Sans doute la loi, même la mieux rédigée, présente des lacunes et ne peut être parfaite; mais ces défauts seront profondément augmentés par la discussion au Parlement.

2. Dans son *Le Droit public général*, traduit de l'allemand par Armand de Reidmatten.

3. Nous sommes tout à fait d'accord avec la deuxième partie des affirmations de l'illustre auteur. Nous le sommes moins lorsqu'il croit que « les Chambres du continent l'exercent avec moins de mesure que les Anglais ». En réalité, le problème se pose dans tous les pays, avec la même acuité, — en Angleterre comme ailleurs. Dans tous les pays apparaît la difficulté de concilier la nécessité de précision, la netteté dans le langage des lois, avec les modifications qu'elles subissent dans leur passage à travers une assemblée législative élective. « La difficulté est sérieuse; le problème n'a jamais été résolu et peut-être ne le sera-t-il jamais complètement » (Courtenay Ilbert, *op. cit.*, p. 186); même sens texte cité de Pollock.

d'une œuvre aussi considérable que le Code civil¹ ». Aussi la procédure habituelle, accordant un droit individuel d'amendement, a presque toujours été écartée à l'occasion du vote de lois présentant un caractère d'ensemble².

En plus des amendements, ce qui retarde les travaux du Parlement et en alourdit le fonctionnement, c'est le grand nombre d'initiatives s'exprimant sous forme de propositions de loi. « Un nombre considérable de propositions, souvent mal conçues et mal rédigées, soulevant les questions les plus complexes, encombrant les commissions et rendent tout travail fructueux difficile... La Chambre consacre par suite une grande partie de son temps à l'examen des propositions qui ne peuvent pas aboutir. Elle n'a plus le loisir d'étudier avec un soin suffisant les projets vraiment utiles³. » Avec un tel système il n'est pas trop de dire que « chacun de nos députés veut donner sa loi⁴ ». Le régime parlementaire a fait naître la conception que peut être législateur qui veut, aussi chacun essaye de le devenir. De là le grand nombre de propositions encombrant le travail de nos Parlements⁵; de là aussi, tant de retard dans leur travail.

« Le progrès des idées démocratiques, en rapprochant l'électeur de l'élu, a fait naître, chez l'un et l'autre, une conception inquiétante du rôle de la loi; l'électeur y voit un moyen de donner satisfaction à tous les besoins qu'il ressent et qu'on ressent autour de lui; il lui semble qu'il n'existe pas d'intérêt auquel une loi ne doive pourvoir, pas une situation qu'une loi ne puisse régler.

1. Guillaouard, *Bull. Soc. Et. Lég.*, 1904, p. 69.

2. Nous le verrons plus tard en parlant de la procédure suivie pour le vote du Code civil allemand, suisse, etc.

3. Lyon-Caen, présentation du livre d'Emile Larcher sur *L'initiative parlementaire en France*, comptes-rendus de l'Académie des Sciences morales et politiques, 1896, t. 145, p. 686.

4. Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 78-79; Michon, *op. cit.*; X..., *Trop de lois*, *Rev. pol. et parl.*, 1913, 1, p. 17.

5. Michon, *op. cit.*, nous dit que neuf dixièmes de ces propositions ne sont pas votées; Caudel, *La crise du parlementarisme*, *Rev. Sc. pol.*, juillet-août 1926, p. 788.

Nous n'en sommes pas encore à la pratique de l'État-Providence, « mais la conception de la « Loi-Providence » paraît définitivement installée dans les cerveaux populaires. Si nous ajoutons que la loi paraît au plus grand nombre des élus comme un instrument mis à leur disposition pour assurer le triomphe des moindres revendications de leurs électeurs, nous ne saurions être surpris de voir les lois s'ajouter aux lois ¹. »

On comprend facilement que toutes ces propositions ne deviennent pas lois, que la plupart d'entre elles restent définitivement enfouies dans les cartons ; et lorsqu'elles en sortent, sous la poussée des circonstances, elles présentent tous les défauts dont nous avons parlé. De là le système des retouches qui s'impose de plus en plus dans la procédure de nos Parlements ; mais ce système, ainsi que nous l'avons dit plus haut, ne fait qu'alourdir le bon fonctionnement des commissions. Les lois révisées présentent souvent plus de lacunes que les premières ² ; de là un état d'apathie, de découragement même chez nos députés ; de là la crainte de toucher à une grande réforme. On agit par lois spéciales et sous la pression des événements ; on manque de temps pour les prévenir.

Telles sont les principales causes, les plus profondes, de l'état si attristant de nos lois. Sans doute, il est tout à fait impossible de supprimer complètement ³ le droit d'initiative individuelle appartenant à chaque député ou sénateur ; ce droit constitue la base de nos Constitutions modernes, et ne peut donc être écarté. Ce qu'on peut

1. Henri Berthélemy, Le pouvoir réglementaire du Président de la République, *Rev. pol. et parl.*, 10 janvier 1898, p. 1 ; aussi ne doit-on pas s'étonner qu'on parle souvent de l'« embouteillage » du Parlement, qui « risque d'être fatal aux démocraties ; v. Pécaut, Crise de la loi et du contrat, Soc. Française de Philosophie, *Bull. Soc. fr. de philos.*, séance du 27 déc. 1924, p. 192.

2. V. dans le même sens Alex. Ribot (Substitut Trib. Seine), Notice sur le dernier congrès de l'Association des Sociétés juridiques en Angleterre, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1874, p. 367.

3. On a dit en parlant de la rédaction du Code civil, que « sa suppression explique la fécondité... On peut, par la suite, poser comme règle générale que le souci de la compétence technique du législateur a été inverse du degré de liberté politique » (Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 75).

demander, c'est de le réglementer, afin d'en empêcher les abus. C'est ce que tous les peuples étrangers ont d'ailleurs déjà fait ¹.

Il faut, aussi, limiter le grand nombre d'amendements en fixant un terme à leur dépôt ; il faut surtout réglementer la discussion de nos lois en empêchant des pertes de temps inutiles ².

Le Gouvernement devra faciliter la tâche du Parlement en lui soumettant des projets sérieusement étudiés. Car ne l'oublions pas : « le centre du travail législatif se trouve dans le premier projet écrit. S'il n'est pas pénétré d'un esprit uniforme, il n'est guère possible de l'en remplir plus tard. Plus le projet est simple et bien établi, plus il fera son chemin contre les propositions modificatrices ³ ». On rencontre trop souvent aujourd'hui dans ces projets des lacunes et des contradictions ; loin d'écarter les amendements par son autorité, le projet les sollicite souvent : le Gouvernement déclare, par exemple, que son projet est un schéma dont il attend des améliorations ; ce qui lui importe, c'est le fond ; la forme, il l'abandonne aux Chambres. De là, des amendements

1. Nous savons qu'en Allemagne tout amendement doit être signé de 15 députés ; pour les autres pays, v. Pierre, *op. cit.*, ; déjà en 1880, F. Vanden Bosch, *op. cit.*, nous rappelait les mesures prises pour limiter le nombre des amendements ; « pour se garder des amendements improvisés ou dangereux, il existe dans la législation actuelle une série d'excellentes précautions. Nous trouvons la première dans le règlement de la Chambre : c'est une disposition en vertu de laquelle tout amendement doit subir l'épreuve d'un second vote, un jour autre que celui où il a été présenté. Il y a une seconde précaution dans le régime parlementaire, qui permet toujours à la majorité de voter en cas de doute, le renvoi des amendements à la section centrale ou à la commission préparatoire ; et enfin, une précaution dans notre organisation politique : la présence du Sénat dont la mission est de réviser le travail des Chambres et de corriger ce qu'il peut présenter de hâtif ou d'imparfait... » (p. 31). Toutes ces mesures nous paraissent insuffisantes ; nous en avons indiqué déjà au cours de ces sections le motif. Quant à la confiance dans le Sénat, elle extériorise un état d'esprit dangereux qu'on raconte encore souvent dans nos Chambres.

2. « L'ardeur des luttes politiques... fait parfois oublier les nécessités techniques du travail législatif. On voit alors de vagues généralités remplacer les notions de fait exactes et précises, les passions obscurcir les esprits les plus clairvoyants et l'on aboutit ainsi, soit à un avortement complet..., soit au vote de dispositions mal rédigées et broussailleuses... » (Speyer, *op. cit.*, p. 77). Le Parlement français a admis une telle réglementation (Chambre, séance du 30 juillet 1926).

3. Weck, *op. cit.*, p. 57-58.

qui détruisent les projets les mieux rédigés ¹.

Les projets gouvernementaux devraient être défendus devant les Chambres par des techniciens compétents ayant pris part à leur élaboration ; aujourd'hui, on y rencontre trop souvent des personnes incompetentes dont l'intervention entraîne l'échec ou la destruction des projets.

23. Nous dégageons ainsi les principales causes de la désorganisation de notre travail législatif : trop d'amendements et d'initiatives ; mauvaise préparation des projets dans les commissions ; manque du temps nécessaire à la bonne rédaction ; enfin, retards et improvisations : car « tantôt par leur développement exagéré, tantôt par leur brièveté excessive, les débats du Parlement ... manquent souvent de mesure et de proportion ² ». Il faut modifier tout cela ; empêcher les Chambres de continuer leur travail, tout en restant disséminées et dispersées. Il ne faut pas oublier que le Parlement a, avant tout, à remplir une fonction politique, que cette fonction lui prend le meilleur de son temps ³.

Quelle que soit la méthode qui devra régir, dans l'avenir, la procédure de nos Parlements, on ne doit pas oublier que sa valeur dépendra des qualités de ceux qui l'appliqueront. Or, nous l'avons dit : la façon dont se fait l'élection de nos parlementaires laisse beaucoup à désirer ; leur compétence habituelle n'est pas à la hauteur de leur tâche. De là, l'intervention de plus en plus décisive de l'exécutif dans les travaux parlementaires ⁴ ; de là, aussi, la création d'une majorité docile à la disposition du Gouvernement.

1. Même sens, Barthélemy, *Le gouvernement législateur*, *Rev. pol. et parlem.*, mai 1917 : « Non seulement il ne défend pas son œuvre contre ce danger des amendements, mais on l'a vu présenter certains projets comme de simples suggestions et solliciter lui-même des amendements » (p. 77) ; Speyer, *op. cit.* : « Si le Parlement travaille mal, c'est souvent parce que les questions qui lui sont soumises sont mal préparées » (p. 88).

2. Speyer, *op. cit.*, p. 99.

3. Speyer, *op. cit.*, p. 76.

4. V. cependant Barthélemy, *op. cit.*, p. 76-77 ; v. aussi Belgique, discours Président Brunet, session 1925, cité par Speyer, p. 115, note 1.

La vie se complique ; pour subvenir aux nombreuses nécessités de toutes sortes qu'elle présente, les partis se réorganisent et demandent une discipline plus sévère à leurs membres ; de là, une diminution de l'autorité du facteur législatif ; cette autorité fléchit. Cela a comme conséquence immédiate l'abstention du Parlement de la plupart des techniciens et des compétences : ils s'écartent de la politique puisqu'elle les amoindrit. Leur place est occupée par des politiciens de profession ; résultats immédiats... mauvaise rédaction de nos lois.

Aussi toute réforme de nos Parlements, quelque supérieure qu'elle soit, ne pourrait aboutir sans le relèvement de la valeur individuelle de leurs membres. Il faut que les députés, les partis surtout, se rappellent les paroles de Condorcet : « Ce n'est pas à mon zèle seul, c'est à mes lumières qu'elle (la Nation) s'est confiée, et l'indépendance absolue de mes opinions est un de mes devoirs envers elle. » C'est seulement ainsi que le Parlement recouvrira l'autorité dont il a besoin.

Et nous dirons, pour terminer cette section, que la principale cause de la mauvaise rédaction de nos lois est la diminution des valeurs de ceux qui les rédigent. Nous avons dit qu'elle ne peut suffire à expliquer tous les vices de la loi ; mais elle les justifie pour beaucoup ; aussi, si on veut avoir de bonnes lois, « il faut rendre leur prestige aux députés, afin de trouver parmi eux les meilleurs Esprits de la Nation ¹ ».

IV. — FAÇON D'Y REMEDIER

24. Après avoir exposé dans les sections précédentes la façon dont travaille notre Parlement, nous avons dégagé les causes profondes qui expliquent l'état déplorable de nos lois. Examinant les critiques qui accablent

1. Borgeaud., *op. cit.*,

l'ancien système de travail, nous avons laissé prévoir la nécessité de relever l'autorité de nos Parlements.. Quels seront les moyens pour y arriver ? Quelle est la méthode à suivre ? C'est ce que nous essayerons de dégager au cours de cette section. Nous n'examinerons pas la question de savoir si l'ancien Sénat doit subsister, si l'autorité législative doit continuer à s'exprimer par un seul organe ou se différencier¹. Cette question de droit constitutionnel pur serait en dehors de notre travail ; aussi n'en parlerons-nous pas. Ce qui nous intéresse, ce sont les questions techniques ; c'est au point de vue de la technique législative seulement que nous nous demanderons quelles sont les réformes à apporter ? Dans quelle mesure le technicien doit intervenir dans les travaux du Parlement ? Quelle importance faudra-t-il lui accorder ?

25. Il faut reconnaître dès maintenant que la procédure habituelle de nos Parlements a été souvent écartée à l'occasion du vote de lois ayant un caractère d'ensemble ; les différentes dispositions d'un Code présentent, en effet, entre elles une certaine unité qui risque d'être brisée si on l'avait soumise aux hasards d'une discussion.

Nous ne nous arrêterons sans doute pas sur la façon dont fut voté le Code civil français² ; celui-ci appartient à une époque où la liberté politique était un vain mot ; le droit d'initiative du corps législatif n'avait donc pas à être écarté.

C'est le Parlement italien qui a donné toujours l'exemple de la limitation de ses pouvoirs, lorsqu'il s'est agi du vote d'une loi présentant un caractère d'ensemble : en 1865³, en 1888⁴, et dans bien d'autres cas, — à la

1. Speyer, *op. cit.*, p. 85.

2. Les travaux communs du Conseil d'Etat et de la section de législation, le vote en bloc au Conseil législatif sont trop connus pour nous y arrêter ; quant aux avantages que présentait un tel système, v. Esmein, *Précis élémentaire de l'histoire du Droit français de 1789-1814*, p. 329-331.

3. Pour le Code civil, pour le Code de commerce, pour le Code de procédure civile.

4. Pour le Code pénal.

suite de discussions en séance publique, — le Gouvernement royal italien se vit autorisé à promulguer le nouveau Code en introduisant dans le texte les modifications réclamées en séance ¹.

Le Gouvernement nomma toujours, à la suite de ce vote, des commissions chargées de la coordination des travaux ², et il publia ceux-ci par décrets royaux ³. Cette tradition persiste encore de nos jours ⁴ en Italie ; nous y trouvons, en effet, les décrets du 30 décembre 1923 et du 25 décembre 1925, donnant des pouvoirs très larges au Gouvernement en matière de droit civil ⁵.

1. Loi du 2 avril 1865, n° 2215 ; l'art. 2 de cette loi disait en effet : « Le gouvernement du roi aura le droit d'introduire, dans les lois et Codes mentionnés en l'art. ci-dessus, les modifications nécessaires pour en coordonner... chaque matière, *tant dans la substance que dans la forme*, en se conformant au système et aux principes directifs déjà adoptés, et sans les altérer en rien... » ; v. aussi lois du 2 avril 1882, 9 juin et 17 nov. 1888.

2. C'est ce que prévoit aussi l'art. 2 du décret de 1925. L'art. 2 de ce décret ajoute que « les députés qui auraient cessé d'appartenir au Parlement, resteront en fonction jusqu'à l'achèvement du mandat des dites commissions », *An. Lég. comp.*, 1925.

3. Décrets royaux du 25 juin 1865, du 30 juin 1891, etc. V. sur tout cela, Ascoli, *L'Evolution du droit privé en Italie. Livre du Cinquantenaire*, t. II, p. 197 ; Lacoïnta Jules, *Introduction au Code pénal italien*, 1890 ; *Arr. Renato Cerciello*, *Il metodo nella Riforma dei codici con particolare riguardo al codici civile*, Roma, 1923, p. 16 et suiv. ; v. aussi Bierling, *op. cit.*, p. 454, note 19 Prince.

4. En déposant au Parlement le projet des réformes du Code de procédure italien (24 mai 1909), le ministre de la Justice d'alors, M. Orlando, demandait « l'adoption d'une série de dispositions formulant les réformes à apporter à la législation actuelle ». « Dans le délai d'un an, disait l'article 76 et dernier du projet, le gouvernement publiera une nouvelle rédaction du Code de procédure civile, en y insérant les dispositions de la présente loi et en coordonnant avec elles les autres textes du Code... Le Gouvernement est autorisé dans ce but à procéder à la révision générale du Code et des lois, règlements et décrets, en retouchant et en modifiant les textes qui ne seraient pas en harmonie avec les dispositions nouvelles et en *améliorant la forme et la distribution de la matière*. On prendra l'avis d'une commission présidée par le ministre de la Justice et composée de 5 sénateurs et de 5 députés élus par le Sénat et la Chambre des députés » (cité d'après Tissier, *Projet de réforme du Code de procédure italienne*, *Rev. trim. du Droit*, 1910).

5. Ce dernier décret avait un objet très étendu puisqu'il déléguait au Gouvernement « la faculté d'amender le Code pénal, le Code de procédure pénale, la loi sur l'organisation judiciaire et d'apporter de nouvelles additions et modifications au Code civil » (*Gazzett Ufficiale* du 29 déc. 1925), citée d'après *An. Soc. Lég. comp.*, 1925. L'art. 3 du décret de 1925 autorisait « le Gouvernement du Roi à apporter au Code civil d'autres modifications et additions, en outre de celles indiquées à l'article 1^{er} n° 1 de la loi du 30 décembre 1923, n° 2814 (cet article autorisait des modifications quant aux dispositions concernant l'absence, la condition des enfants illégitimes, les cas de nullité du mariage, l'adoption, la puissance paternelle, la tutelle, la transcription, la prescription, et améliorait les art. du Code civil qui donnaient lieu à des questions traditionnelles), en conservant inchangés les principes fondamentaux des institutions. Il est autorisé

Le Parlement italien a donc toujours compris que la rédaction et le vote d'un code soulèvent des questions techniques que seules des personnes compétentes peuvent résoudre ; tout en se réservant son droit supérieur de contrôle et de direction, il délègue au Gouvernement le soin d'assurer la bonne rédaction de ses codes. Bien plus, la loi du 30 décembre 1923 décide que toutes les modifications apportées au Code civil ne seront pas votées par la Chambre entière, mais par des commissions composées de dix-huit députés et sénateurs¹.

Cette tendance se rencontre aussi en Espagne : lors de la rédaction du Code civil espagnol (1888), les Cortès se contentèrent de voter la loi des bases², puis laissèrent au Gouvernement la coordination ultime de cette œuvre³.

C'est surtout le système suivi en Allemagne lors du vote du Code civil allemand qui nous paraît intéres-

également à en coordonner les dispositions avec celles relatives à la même matière, contenues dans d'autres lois, en les incorporant, s'il y a lieu, dans le Code et en les modifiant... dans un but de coordination » (*An. Soc. Lég. comp.*, p. 113-114).

1. *Le leggi et decreti reali seconde l'ordine della inversione nella gazetta ufficiale*, année 1925, fasc. 14, p. 1500, cité par Saladie, *Les sources du droit civil espagnol*, thèse Toulouse, 1926. Comme suite à cette loi, le décret royal du 3 juin 1924 institua une commission royale pour la réforme des Codes, qui fut placée sous la présidence du ministre de la Justice. Cette commission se subdivisa en quatre sous-commissions, dont une pour le Code civil. De cette première sous-commission se détacha un comité présidé par Scialoja qui collabora au projet de Code franco-italien. V. sur tout cela, M. Ernest Barba, Les principales réformes fascistes, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1928, séance du 6 juin 1928.

2. V. Aucoc, *Note sur le Code civil espagnol*, rapport verbal, comptes rendus de l'Académie des Sciences morales et politiques, 1889, p. 918-920. Nous y trouvons que : « les Chambres ont résolu de se borner à voter les bases du nouveau Code, résumé en 27 paragraphes, et de charger la commission de rédiger le Code en se conformant à ces idées générales. Un certain nombre de ces bases n'étaient que des tables de matières. D'autres posaient des règles qui ont un grand intérêt en ce qui concerne le mariage, la succession *ab intestat* et les testaments » (p. 919). Par la loi du 11 mai 1888 ils s'assurèrent le contrôle sur ce travail, en obligeant le gouvernement de leur rendre compte de toutes les modifications introduites; le Code ne devait entrer en vigueur que 60 jours après.

3. La loi du 3 mai 1889 chargea le gouvernement de publier une nouvelle édition du Code civil et d'introduire dans son texte tous les amendements et additions qui paraîtraient nécessaires à la suite des débats. La commission de codification espagnole fut chargée de rédiger cette nouvelle édition qui fut publiée dans les deux mois, le 24 juillet 1889. V. sur la rédaction du Code civil espagnol, Saladie, *op. cit.*, p. 31 et suiv.

sant¹ : il prouve suffisamment qu'une assemblée nombreuse, résultant d'un suffrage assez large, peut aborder avec succès un problème aussi complexe que le vote d'un code ; tout dépend des qualités morales de ses membres et de la modération apportée dans la discussion² ; en effet, sans modifier son règlement, sans même s'imposer une procédure spéciale³, le Reichstag discuta et vota le deuxième projet du Code civil allemand en moins de quatre mois⁴. Ce qui facilita sa tâche, c'est que les discussions publiques ne portèrent que sur quelques grands problèmes d'ordre social, politique⁵ ; les questions purement techniques et juridiques avaient été abandonnées à la suite d'un accord tacite entre les parties⁶. Grâce à cet accord, on n'eut pas besoin de porter atteinte au principe du droit individuel de discussion.

Sans doute, une telle discipline ne se rencontre pas toujours chez nos députés ; ils craignent trop souvent de renoncer à leur droit d'initiative, qui semble être l'acquisition la plus chère de la démocratie ; mais à la suite des cas cités, — et nous pourrions en rappeler bien d'au-

1. Nous trouvons dès 1861, une tendance prononcée en Allemagne, à restreindre l'initiative parlementaire lors du vote d'un Code; en effet, le Code de commerce allemand de 1861 a été voté en bloc par un grand nombre de diètes.

2. V. dans le même sens, Lyon-Caen, Communication sur : Introduction à l'étude du droit civil allemand de Saleilles, *Comptes rendus de l'Acad. Sc. morales et pol.*, 1902, p. 488-489; Meulenaire, Introduction à la traduction du Code civil allemand, p. VI.

3. V. Saleilles, Introduction à l'étude du Droit civil allemand, *op. cit.*, p. 36 et suiv.; v. cependant Lyon-Caen, Communication sur l'introduction à l'étude du droit civil allemand de Saleilles, *op. cit.*, qui constate que le règlement avait été modifié (« il avait été établi que la commission du Reichstag chargée d'examiner le projet du Code civil, pourrait écarter définitivement les amendements proposés, afin de permettre en séance générale, le vote en bloc de nombreuses dispositions »), mais que « grâce à l'entente des partis... il n'a pas été besoin de recourir à cette mesure exceptionnelle » (p. 488).

4. Le projet déposé le 17 janvier 1896 au Reichstag, fut voté définitivement le 10 juillet de la même année.

5. Après de longues discussions (v. Saleilles, *op. cit.*, p. 36; Planck, *op. cit.*, p. 16), une commission composée de 21 membres représentant tous les partis, fut constituée le 7 février. Elle accepta « en bloc et sans discussion toutes les dispositions qui lui paraissaient ne toucher à aucun point de caractère politique ou religieux » (Saleilles, *op. cit.*, p. 36); v. dans le même sens, Bierling, *op. cit.*, p. 454, note 19.

6. V. note 145.

tres¹, — on peut dire que nos Parlements usent toujours de procédés spéciaux lors du vote des codes²; ceux-ci présentent d'ailleurs un caractère technique qui n'intéresse pas les assemblées nombreuses³.

Certains⁴ voient dans ce manque d'intérêt de nos parlementaires un grand bien; car la bonne rédaction d'un code exige, non seulement des connaissances spéciales⁵, mais encore une vue d'ensemble que les membres d'un Parlement ne peuvent pas avoir⁶.

Aussi les auteurs⁷ sont-ils d'accord pour reconnaître

1. V. pour le Code civil suisse, Henri Chaudé, *Le nouveau Code civil suisse*, 1909: après nous avoir parlé de la façon dont fut voté le Code civil suisse par les deux assemblées, l'auteur ajoute: « un très petit nombre de questions fournirent l'occasion d'un débat public d'une certaine ampleur...; chacune des assemblées se bornait à ratifier les corrections proposées par sa commission » (p. 38). Nous tenons à rappeler aussi la procédure suivie par l'assemblée nationale de Turquie à l'occasion du vote du Code civil turc (le 17 février 1926). Ce Code fut d'abord examiné par une commission parlementaire, puis voté en bloc. « Préalablement, il avait été décidé qu'aucune discussion ne serait admise en séance publique », v. Roger Secrétan, Secrétaire du Tribunal fédéral suisse, *Le nouveau Code civil turc*, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1927, p. 382; Pour l'unification du droit pénal en Serbie, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1926: « Le droit d'amendement est confié uniquement à la commission législative de l'assemblée qui aura pour l'exercer 5 ans après la mise en vigueur de la constitution et même davantage si une loi ordonne la prolongation du délai » (p. 580).

2. Ceux-ci peuvent consister soit dans le vote en bloc du projet (par exemple Code de commerce allemand, Code de procédure autrichienne), soit dans de larges pouvoirs délégués au gouvernement (c'est ce que nous avons vu pour l'Italie et l'Espagne).

3. V. dans le même sens Moreau, *Révision du Code civil et la procédure législative, Livre du Centenaire*, t. 1, p. 1046; Eugène Stasesco, Exposé de motifs déjà cité, p. 13; v. aussi les paroles suggestives de Henri Chardon, *L'Administration de la France*, p. 76.

4. V. en ce sens Colmo, *op. cit.*, 274.

5. Un Code est avant tout une œuvre technique quant au langage employé, quant à sa rédaction. Il suppose d'amples connaissances sur le droit comparé, sur la tradition nationale, sur la jurisprudence, doctrine, etc.

6. Or « chaque clause de la loi veut être faite avec la perception la plus exacte et la plus prévoyante de son effet sur toutes les autres clauses... La loi une fois complète doit pouvoir se fondre et s'encadrer dans l'ensemble des lois préexistantes. Il est impossible que ces conditions soient remplies à un degré quelconque, quand les lois sont votées clause par clause dans une assemblée composée d'éléments divers » (Stuart Mill, *op. cit.*, p. 116). Même sens, Lyon-Caen, *Comptes rendus de l'Ac. des Sc. mor. et pol.*, 1896, I, p. 161.

7. V. en ce sens Stuart Mill, *op. cit.*, p. 199; César-Bru, *La révision du Code civil*, à propos du livre *Le Code civil et les réformes qu'il comporte* de Henri Pascaud, *Rev. gén.*, 1907, p. 364; Glasson, *Grande Encyclopédie*, Codification, t. XI, p. 812, etc... V. aussi Appleton, Rapport sur la réforme du Code de procédure civile, Congrès annuel des avocats, Nice, 3 avril 1929, demande que la refonte complète fût confiée « à un groupe de techniciens que le Parlement pourrait ensuite ratifier en bloc » (*Le Temps* du 6 avril 1929). Voir aussi, même sens, discours à la Chambre belge de M. le Ministre Hymans, *op. cit.*, p. 1541.

que le rôle du Parlement, lors du vote d'un code, doit se réduire à poser les grands principes qui serviront de base à la nouvelle œuvre et d'en contrôler l'application : toute œuvre de longue haleine exige d'amples études, beaucoup de réflexion et de calme¹. Or, seul le Gouvernement peut, grâce à ses commissions spéciales, fournir un tel travail.

Une fois rédigé, un code constitue un tout qui ne peut être l'objet de retranchements ou d'additions ; toute modification d'articles influe sur les autres et risque d'en rompre l'équilibre ; c'est ce que nos Parlements ont toujours compris². Il faut les en féliciter, car tout autre procédé aurait empêché l'éclosion de nos grands codes à la fin du siècle dernier.

Mais s'il en est ainsi lorsqu'il s'agit du vote d'un code ou d'une loi de longue haleine³, il n'en est pas de même lorsque le Parlement accomplit sa tâche législative journalière ; aussi la façon dont sont rédigées nos lois est déplorable⁴.

26. De toutes parts, on accuse le Parlement⁵ ; deux

1. C'est ce que nous verrons plus tard au cours des différents chapitres sur la technique externe.

2. V. notes p. 71 et 72 ; v. aussi article Fernand Daguin sur le Règlement du Reichstag allemand, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1876 ; v. surtout paroles prononcées par le rapporteur Cavalini au Parlement italien, p. 189. Nous tenons aussi à rappeler l'originalité du système serbe existant en cette matière ; la constitution de l'État yougoslave du 28 juin 1921 prévoyait dans son art. 133 que tout Code « sera soumis au vote de l'Assemblée nationale sur une seule lecture et par un vote massif d'acceptation de rejet. Le droit d'amender est confié uniquement à la commission législative de l'Assemblée qui aura pour l'exercer cinq ans après la mise en vigueur de la constitution... » (Peritch, *Unification du droit pénal en Serbie*, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1926, p. 580).

3. Ces lois aussi exigent l'existence d'un plan et d'une technique commune à leurs différentes parties.

4. V. aussi quant à la mauvaise méthode de travail du Parlement, Ernest Lavisse, *Histoire de France contemporaine*, t. IX, p. 528 ; l'auteur y voit l'un des plus graves défauts du régime.

5. « Presque tout le monde semble d'accord sur la nécessité de mieux organiser la préparation et la confection de la loi » (Larnaude, *L'Inconstitutionnalité des lois*), aussi y voit-il « un défaut capital de notre régime » (p. 40-41). V. aussi Dr Kahl, M. d. R., qui constate qu'« il y a un nombre de questions ouvrières, culturelles qui ne peuvent être réglées sans une modification du travail législatif au Reichstag, *Neue Aufgaben, Deutsche Juristen Zeitung*, Heft, 1^{er} janvier 1929, p. 2 ; J. Barthélemy, La résolution du 15 juillet 1926 et la réforme des méthodes parlementaires, *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 6 ; Caudel, La crise du parlementarisme, *Revue des Sc. pol.*, juillet-août 1926, p. 372.

grands défauts sont surtout relevés quant à son rôle législatif ; nos lois sont mauvaises, inapplicables, parce qu'elles sont mal préparées ; les amendements en séance en détruisent souvent toute l'harmonie. Nous avons déjà étudié ces différentes causes¹ ; aussi n'y reviendrons-nous pas. Ce qui nous intéresse, pour le moment, c'est la façon dont il faudra organiser le travail du Parlement afin d'assurer une meilleure rédaction et une meilleure productibilité législative ; car, ne l'oublions pas, la rédaction des lois « peut être entravée ou favorisée par le mécanisme législatif² ». Aussi faut-il commencer par mettre de l'ordre dans le désordre législatif ; toute assemblée nombreuse, avons-nous dit, est une foule ; sans une réorganisation complète, tout travail sérieux paraît impossible.

Le régime démocratique a rendu plus lourd le fonctionnement des rouages de nos Parlements ; nous ne croyons sans doute pas que la technique soit incompatible avec la liberté en séance³ ; mais il faut reconnaître que le droit d'initiative individuelle s'exerce bien trop librement ; aussi doit-on le réglementer afin de lui permettre de se développer dans l'avenir d'une façon plus rationnelle. Aujourd'hui, trop de lois contradictoires, portant souvent sur le même objet, empêchent tout travail sérieux dans nos commissions : de là, les improvisations auxquelles celles-ci sont souvent obligées, et l'impossibilité pour elles de satisfaire souvent aux besoins même urgents ; de là aussi, le grand nombre de travaux demeurant caduques à la fin d'une législation.

Des remèdes immédiats s'imposent ; ils consistent à soumettre tout projet de loi à la signature d'un plus grand nombre ; à empêcher que sa prise en considération par le Parlement ne constitue qu'une simple formalité ; à en assurer la bonne rédaction. Mais comment l'obtenir ? La chose est-elle même possible alors que la

1. V. section qui s'y réfère.

2. Aucoc, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1874, p. 379.

3. Si cela était vrai, le régime parlementaire aurait vécu.

plupart de nos députés et sénateurs sont sans instruction spéciale « ne vivant et ne pensant qu'en politiciens ¹ » ? Ceux qui pensent que la fonction du Parlement est avant tout politique estimeront la chose impossible : la rédaction de nos lois civiles exige, en effet, pour être bonne, de longues études que nos parlementaires ne peuvent individuellement entreprendre ; aussi demandent-ils que le Parlement se contente de conserver le contrôle des lois dont la rédaction est attribuée à des techniciens. Mais la question se pose alors de savoir où on pourra trouver ces techniciens. Est-ce dans les bureaux ministériels, dans les commissions ou au Conseil d'Etat ? Nous verrons plus loin, dans les chapitres « les Ministres », « les Commissions », « Le Conseil d'Etat », la façon dont interviennent les techniciens lors de la rédaction des lois et l'aide apportée par eux au Parlement. Nous nous poserons, à cette occasion, la question de savoir si l'importance qui leur est accordée par ces différents organes est suffisante.

Nous examinerons aussi le rôle du « parliamentary Counsel » et des commissaires dans la rédaction des lois.

Ce qui est certain dès le commencement, c'est que le Parlement fait de moins en moins appel aux techniciens ; il craint en effet l'immixtion étrangère du dehors ; de là, le mauvais état de nos lois dont nous avons souvent parlé. C'est ce qui explique que certains vont jusqu'à demander que les techniciens fassent partie du Parlement ². Sous quelle forme et dans quelle mesure ? C'est ce que nous nous proposons de voir maintenant.

La nécessité d'avoir des spécialistes collaborant aux travaux du Parlement a été depuis toujours ressentie ³ ;

1. V. Barthélemy, *op. cit.*

2. Certains, parmi lesquels M. Blum, demandent la création d'« une commission de rédaction », composée autant que possible de députés ayant une formation juridique adéquate » (Aubert Lefas, *La réforme des méthodes du travail parlementaire*, *op. cit.*, p. 71).

3. C'est ce que pense d'ailleurs aussi M. Larnaude, *L'évolution actuelle du régime représentatif*, qui, après avoir demandé qu'on restituât « la préparation de la loi à ceux qui connaissent le droit... et la forme qu'il convient de donner aux articles qui la composent », ajoute : « Le droit chez le peuple

Bentham, déjà, demandait l'ouverture d'un concours pour assurer l'intervention des meilleurs dans la bonne rédaction des Codes ; car, disait-il, « les députés, appelés à juger une à une les mesures et les questions législatives, ne peuvent guère en étudier l'ensemble, et même, quelque bons juges qu'ils puissent être d'une loi qui leur est présentée, ils seraient bien rarement en état de la préparer et de la combiner avec le système entier de la législation ¹ ».

Sans nous arrêter au système proposé par Bentham ², il suffit simplement de constater combien grand a toujours paru le besoin de faire intervenir les techniciens dans l'œuvre du Parlement, soit individuellement ³, soit sous forme de conseils ⁴. L'unanimité des auteurs est d'accord là-dessus : tous reconnaissent que l'éducation, la façon de penser de nos députés est avant tout poli-

qui l'a en sorte créé, à Rome, n'a jamais été fait par une assemblée d'hommes qui ne savaient pas le droit. Il l'a été de toutes pièces et de tout temps par des jurisconsultes. C'est aux jurisconsultes qu'il faut restituer la haute prérogative de faire la loi, source unique du droit aujourd'hui » (p. 52). Tout dernièrement encore, M. le ministre Hymans constatait au Parlement belge que « le seul moyen de rendre le fonctionnement du mécanisme parlementaire plus facile et plus rapide est de laisser accomplir les travaux techniques par les techniciens, en réservant aux Chambres un contrôle qu'il conviendrait d'organiser et en stipulant les garanties désirables » (*op. cit.*, p. 1541); v. aussi H. Berthélemy, *Traité élémentaire de Droit administratif* : « Pour bien faire les lois, il faut associer au Parlement, organe de l'opinion, un corps de compétences, conseil supérieur ou académie de législation, n'ayant sans doute qu'un rôle consultatif, mais ayant l'expérience de ce qu'on peut mettre dans les textes et la façon dont on doit les rédiger » (préface à la 10^e éd., p. XXVII); Em. Giraud, *La crise de la démocratie*, 1925, p. 38.

1. Bentham, *Œuvre de Bentham*, t. III, p. 109, col. 1.

2. On ne peut en effet concevoir aujourd'hui que la bonne rédaction d'un Code fut abandonnée aux hasards d'un concours dans lequel même les étrangers seraient admis.

3. Bentham, *op. cit.*; v. aussi Urban Lavery, *The language of the law*, qui mentionne : « the employment of drawing experts by the Senate and House of Representatives of the U. S. » (*American Bar Association Journal* 1922, t. VIII, p. 499, col. 1).

4. Stuart Mill, *op. cit.*; Summer Maine, *Le droit romain et l'éducation juridique*, relève aussi, parmi les divers expédients proposés : « la création d'un comité de rédacteurs officiels, chargés de réviser le canevas de chaque mesure proposée, avant de la soumettre au Parlement et auquel on devrait, à un moment donné de la procédure subséquente, renvoyer chaque bill avec ses amendements, afin que les modifications adoptées par la Chambre fussent mises en harmonie avec la texture générale de la loi nouvelle. » Tout en reconnaissant les « avantages incontestables » d'un tel système, il déclare qu'il serait « manifestement contraire aux idées courantes des Anglais sur la liberté du parlement ».

tique¹ ; aussi ce qui seule les distingue, c'est la façon dont ils conçoivent la collaboration des techniciens.

27. Certains² vont jusqu'à demander le renversement de l'ancien système d'élection ; ils soutiennent au besoin que le Parlement politique, cède le pas au Parlement corporatif, qui serait la représentation de l'avenir ; ils invoquent certains faits en ce sens : l'adoption du « Conseil économique du Reich » par l'Assemblée Constituante de Weimar³, l'existence du « Seanad Eiream » en Irlande⁴, enfin la constitution d'un nouveau Parlement corporatif en Italie⁵, semblent marquer la voie d'une nouvelle ère pour notre régime représentatif. Est-ce bien vrai ? Et surtout est-ce souhaitable⁶ ?

Il faut commencer par reconnaître qu'on a beaucoup exagéré le rôle attribué au Conseil économique du Reich⁷ ; et quant au nouveau Parlement italien, son existence n'a pas été suffisamment longue pour pouvoir déjà nous prononcer.

1. Pour la bibliographie, v. auteurs cités plus haut ; nous rappellerons cependant les paroles de René Brunet, La constitution allemande, *Rev. de Droit publ.*, 1920, p. 450 : l'auteur, après avoir constaté l'insuffisance « du parlementarisme moderne... à remplir ses nouveaux devoirs », ajoute : « en prenant position par rapport à des articles de foi et à des axiomes politiques, on n'acquiert pas la connaissance technique nécessaire ».

2. Henri de Jouvenel, Esquisse d'une réforme, *Revue de Paris*, 1^{er} janvier 1927, p. 19-20 ; V. en sens contraire, Ladislas van Hoorebeke, *La réforme parlementaire*, p. 98-100.

3. L'article 165 de la Constitution de Weimar dit : « Le gouvernement d'Empire, avant de déposer des projets de loi de *politique sociale et d'économie politique d'une portée fondamentale*, doit les soumettre, pour avis, au Conseil économique d'Empire. Celui-ci a le droit de prendre l'initiative des propositions de loi de même nature. Si le gouvernement d'Empire n'y donne pas son assentiment, il doit néanmoins porter la proposition à l'Assemblée d'Empire, avec l'exposé de son propre point de vue. Le Conseil économique peut faire soutenir la proposition devant l'Assemblée d'Empire par un de ses membres. »

4. V. Charles Borgeaud, *De l'évolution actuelle du régime représentatif*, p. 27.

5. V. communication de M. Ernest Barda sur Les principales réformes fascistes, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1928, séance du 6 juin 1928, p. 301.

6. V. Morin, Crise de la loi et du contrat, *Bull. de la Soc. fr. de philosophie*, séance du 27 déc. 1924 : le distingué maître constate qu'en présence de la complexité toujours croissante de la vie, « le législateur doit devenir plus réaliste et qu'il convient d'organiser la collaboration des compétents à l'œuvre jusqu'ici souveraine du Parlement. Tel est précisément le but de la création prochaine du *Conseil national économique* composé des représentants autorisés des grandes collectivités sociales et appelé à donner au Parlement des lumières et des impulsions » (p. 109).

7. Quant aux résultats obtenus, ils sont presque nuls ; ils n'eurent qu'une influence et un retentissement très restreints ; v. Speyer, *op. cit.*, p. 106-107 ; René Brunet, La constitution allemande, *Revue de droit public*, p. 457.

Nous ne pouvons croire aujourd'hui à la nécessité d'un tel système qui bouleverserait tout notre régime d'élection. Ce serait aller sans doute trop loin ; si le besoin des spécialistes devient de plus en plus grand dans les Chambres, il ne faut pas que leur nombre y domine¹. Nous croyons en effet, que « les hommes les plus utiles au Parlement, sont les hommes de très haute culture générale, qui ont l'habitude d'envisager les problèmes par leur plus grand côté² » ; eux seuls assurent l'insertion dans la loi des grands principes de la vie.

28. Le technicien ne doit donc pas remplacer l'homme politique, mais plutôt le compléter³. De quelle manière ? Est-ce par la différenciation des organes du pouvoir législatif ? C'est là ce que soutiennent certains auteurs⁴ qui demandent la création de conseils spéciaux et techniques à la place du Sénat : leur fonction consisterait à aider la Chambre soit dans la préparation des lois d'intérêt général, soit dans l'élaboration même des lois d'intérêt spécial⁵.

Ce système présenterait l'avantage « d'augmenter le rendement de la machine parlementaire ». Il faciliterait « l'emploi de meilleures méthodes législatives. A la place des discussions préliminaires parfois insuffisantes des sections et commissions de la Chambre et du Sénat, le Parlement aurait l'avantage de pouvoir se référer aux travaux préparatoires d'un groupe de techniciens, ayant

1. Car « un technicien est trop souvent un homme qui se plait à isoler son problème de ceux dans la coordination desquels il est engagé » (lettre ouverte de M. Clemenceau au président Coolidge, 1926, reproduite dans G. C., *Grandeurs et misères d'une victoire*, Paris, MCMXXX).

2. Georges Vanden Bossch (Recteur univ., prof. Fac. dr.), *Le régime parlementaire en Belgique*, discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'Université de Gand, le 20 oct. 1925, *Belgique judiciaire*, 1925, p. 151.

3. Quant à leurs caractères différents, v. Picard, *Pandectes belges*, t. VI, p. LIV.

4. Speyer nous indique que cette solution avait déjà été formulée en 1891 par M. Emile Vandervelde au Congrès du parti ouvrier à Namur, *op. cit.*, p. 184.

5. Dans ce dernier cas, ces projets de loi seraient soumis à la Chambre qui statuerait « d'après une procédure expéditive et simplifiée » (Speyer, *op. cit.*, p. 82).

pour mission de mettre sur pied une œuvre précise et systématique, mise en rapport avec la législation existante¹ ».

Ce système nous paraît, certes, très intéressant ; la présence des techniciens dans les commissions faciliterait de beaucoup la tâche du Parlement ; les discussions en séance, souvent si passionnées, y seraient exclues ; l'étude des lois, supposant une documentation approfondie, pourrait être entreprise avec confiance. D'ailleurs, n'oublions pas que, conformément à ce système, il appartiendrait à la Chambre seule d'élaborer les grandes lois d'intérêt général ; même alors, elle peut consulter les conseils spéciaux, « soit pour la préparation de ces lois, soit pour leur examen technique au moment même de la discussion². Mais le pouvoir de ces derniers doit être subordonné à celui de la Chambre qui, seule, représente la volonté nationale ; leur rôle étant purement technique, ils doivent s'inspirer des vues générales établies par le législateur.

Le pouvoir du Parlement ne serait ainsi pas diminué ; en le régulant, on ne ferait que le fortifier ; en déchargeant le Parlement d'une grande partie de son labeur, on lui permettrait de mieux répondre à son but ; on économiserait une partie de son temps. Ce qu'il importe surtout d'indiquer, c'est que l'intervention du technicien amènerait une meilleure rédaction de nos lois ; en assurant plus de coordination entre les dispositions d'une même loi ou entre les différentes lois entre elles, on établirait plus d'unité dans notre système législatif ; par leurs travaux longs et approfondis, ils empêcheraient que nos lois soient refaites trop souvent ; ils économiseraient par là des fatigues inutiles.

Tels sont, d'après nous, les avantages les plus importants pouvant résulter de la collaboration du technicien à l'œuvre du Parlement. Nous ne croyons pas, avec cer-

1. Speyer, *op. cit.*, p. 83.

2. Speyer, *op. cit.*, p. 84.

tains, que « si, dans l'œuvre législative, une place doit être faite aux techniciens, la part des jurisconsultes doit être secondaire¹ ; au contraire, cette collaboration doit devenir de plus en plus importante, jusqu'à comprendre la préparation de l'ensemble du travail technique ; on défraierait ainsi le Parlement d'un grand nombre de questions auxquelles il ne peut pourvoir.

La Chambre conserverait d'ailleurs l'initiative et le droit de contrôle, les deux grands leviers du pouvoir législatif ; bien plus, son droit d'amendement demeurerait entier². Mais on conçoit facilement que des projets mûrement étudiés et délibérés s'imposent plus facilement à une assemblée et donnent lieu à moins de retouches ; une grande valeur morale y serait attachée³ ; cela seul constituerait un avantage suffisamment grand.

Certains demandent que ces conseils remplacent le Sénat ; « on ne peut songer à superposer ceux-ci à l'organisation bi-camérale classique, sous peine d'aboutir à un système tri-caméral, dont la complication et la lourdeur ralentiraient encore l'œuvre législative⁴ ».

Sans nous arrêter plus longuement sur la question de savoir si le Sénat doit être supprimé, nous nous contentons de signaler l'importance pour notre sujet du problème « de la différenciation des organes du pouvoir législatif ».

L'encombrement du travail de nos Parlements soulève des critiques nombreuses ; c'est ce qui explique que tout

1. Pol. Lawyer, La rédaction des lois en Angleterre, *Rev. du Dr. publ.* 1906, p. 633.

2. Au moins pour les lois d'intérêt général. Nous ne sommes pas tout à fait d'accord avec M. Larnaude, *op. cit.*, qui veut qu'« une fois la loi faite, on la vote comme on vote les traités, sur lesquels le Parlement doit être consulté, sans qu'aucun changement puisse y être apporté » (p. 52). [Dans le même sens que Larnaude, Stuart Mill, *op. cit.*, p. 120]. On ne peut en effet enlever aux députés le droit de discussion ; mais on arrive en fait à un même résultat en assurant une meilleure rédaction des lois, et une plus grande sélection de nos parlementaires. V. cependant Em. Giraud, *La crise de la démocratie*, 1925, p. 82.

3. C'est ce qui résulte d'ailleurs aussi du discours du très distingué juriste Savart, dans la discussion au Sénat belge sur le comité de législation. V. Débats Sénat, 1856-1857, séance du 10 mars 1857, *An. parl. de Belgique*.

4. Speyer, *op. cit.*, p. 85.

dernièrement encore, dans un rapport très développé¹, on signalait la décentralisation du Parlement « comme la réforme la plus importante à réaliser ».

Tel est, en quelques mots, le système de « la différenciation des organes du pouvoir législatif ». Il paraît répondre à un besoin pressant ; il semble combler une lacune de plus en plus ressentie ; celle de l'insuffisance du Parlement. Les idées de « différenciation », « décentralisation », sont de celles qui s'imposent ; elles semblent être les lois mêmes de la vie moderne. Au point de vue qui nous intéresse, celui de la technique législative, elles présentent un intérêt indiscutable ; mais il ne faut pas oublier que ces conseils sont appelés à avoir un rôle purement technique ; ils ne peuvent entrer en conflit avec le Parlement, qui demeure le seul dépositaire de la volonté nationale : lui seul doit avoir l'initiative et le contrôle des lois. Ce n'est qu'ainsi qu'on pourra écarter les difficultés sans nombre qui pourraient surgir².

29. Pour nous, ce système constitue un idéal plus ou moins éloigné, vers lequel l'organisation des divers Parlements devrait tendre ; il présente l'avantage de conserver notre régime parlementaire, tout en le réorgani-

1. Rapport du prof. Harold J. Laski, de la Fac. Sc. Econ. de Londres, sur « L'évolution actuelle du régime représentatif », Union inter-parlementaire. Ce rapport a été publié en brochure spéciale, 1929 ; v. compte rendu du *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1929, I.

2. Ces difficultés peuvent résulter du caractère de permanence qui appartient à ces comités ; même élus par le Parlement sur des listes spéciales présentées par les Tribunaux et Cours, il peut arriver un moment où un désaccord apparaisse ; car les comités ne peuvent être élus que pour un temps beaucoup plus long que celui de l'existence du Parlement, autrement il n'y a pas de continuité possible dans leurs travaux. C'est ce qu'a compris d'ailleurs le législateur italien qui, dans l'art. 2 de la loi du 24 décembre 1925, n° 2260, déclare que « les députés qui auraient cessé d'appartenir au Parlement resteront en fonction jusqu'à l'achèvement du mandat des dites commissions » ; v. aussi sur l'importance de la continuité, Larnaude, préface à l'ouvrage de M. Saripolos, *La Démocratie et l'élection proportionnelle*, p. 39 ; Speyer, *op. cit.*, qui critique le manque de continuité dans les travaux du Parlement : « il n'est point d'homme d'étude qui ne sache combien il est pernicieux pour une œuvre quelconque de ne point la pousser d'un seul jet et par un effort continu et ininterrompu de la pensée. Or le propre des commissions parlementaires est de ne siéger qu'à intervalle éloigné » (p. 92). V. aussi Aubert Lefas, La réforme des méthodes du travail parlementaire, *Revue Sc. pol.*, II, p. 72.

sant et en le fortifiant¹. Nous croyons fermement que si « le Gouvernement parlementaire a ses inconvénients, c'est pourtant le meilleur² » ; ce qu'il faut, c'est en écarter les abus. Si le mécanisme parlementaire est trop lourd, il faut en corriger les points faibles, il faut en éviter les défauts³ : plus de méthode dans le travail en séances publiques permettrait de les rendre plus courtes⁴. Nous ne croyons pas que des essais de réorganisation seraient de « vains efforts en présence d'une assemblée enhardie par l'infinité de ses empiétements⁵ » ; qu'il faille « au préalable réaliser une réforme constitutionnelle » sans laquelle « nulle réforme parlementaire ne sera acquise⁶ ». Les faits sont d'ailleurs là, en faveur de notre thèse.

Il faut que les projets soumis à la discussion en séance aient été l'objet d'une bonne rédaction : ce qui alourdit

1. Tout dernièrement encore en Allemagne, un membre du Reichstag, M. le professeur Dr Kahl, de Berlin, constatait (*Neue Aufgaben, Deutsche Juristen Zeitung*, Heft 1), 1^{er} janvier 1929, que « la commission de législation du Reichstag » (qui se compose de 28 membres) était insuffisante pour examiner tout le matériel législatif soumis. L'assant (n revue les différents systèmes proposés, il déclare « comme seul remède pratique » celui proposé par Schiffer en 1921 dans *Deutsche Justiz*, p. 87, et qui consistait à soumettre le pouvoir législatif à une commission du Reichstag, « pour toutes les lois d'Empire qui ne renfermeraient pas principalement des principes directeurs ». « La conférence des présidents des partis (Altesten Rath) déciderait dans chaque cas si une loi serait discutée par le Reichstag ou par la commission. » Un tel système qui rapprocherait un peu celui de « la différenciation des organes du pouvoir législatif » nous paraît très intéressant. M. le professeur Kahl constate cependant, après M. Tripel (dans un rapport présenté lors de la conférence des juristes tenue en 1921 à Bamberg), que des objections très sérieuses de droit public pourraient s'élever contre ce système : « en effet dit-il, toute limitation du pouvoir de l'assemblée plénière du Reichstag doit être spontanée et se résumer dans une auto-limitation voulue, en présence des matières législatives importantes » (p. 5). Nous ne sommes pas tout à fait d'accord avec cette dernière affirmation : en effet le pouvoir accordé à la commission ne serait qu'un pouvoir délégué une fois pour toutes par le règlement du Reichstag, que celui-ci aurait d'ailleurs le droit de modifier sous certaines conditions.

2. Barthélemy. *op. cit.*

3. En Angleterre, tous les membres de la Chambre des communes n'ont pas le droit de prendre la parole ; « c'est le speaker qui, parmi les différents membres demandant la parole, choisit ceux auxquels elle sera accordée ». Speyer, *op. cit.*, p. 96, nous indique cette limitation de fait en Angleterre. La Chambre française a limité, par la résolution du 15 juillet 1926, le droit à la parole lors de la discussion des projets urgents.

4. V. quant aux résultats de la nouvelle procédure de la Chambre des communes, Caudel, *La crise du Parlementarisme, Revue des Sc. pol.*, juil.-août 1926, p. 379.

5. Henri Leyret, *Le Gouvernement et le Parlement*, thèse Paris, 1919, p. 93.

6. *Ibid.*

pour beaucoup le travail du Parlement, c'est le grand nombre de « retouches » qu'il est obligé d'apporter aux projets déjà votés. C'est cette préparation des projets qui nous a fait demander l'intervention des techniciens dans les travaux du Parlement, c'est elle aussi qui impose au Gouvernement d'être à la hauteur de ses responsabilités ; nous verrons plus tard les éléments dont il dispose ; ils sont suffisants pour lui permettre d'alléger la tâche du Parlement par des projets bien étudiés et basés sur une documentation sérieuse.

De tels projets s'imposeraient à l'assemblée par leur valeur technique ; ils ne constitueraient plus, comme aujourd'hui, des cribles à tous les amendements.

Nos parlementaires doivent surtout apprendre à endiguer leurs passions ; les droits d'initiative et d'amendement sont les droits les plus chers de la démocratie ; ils sont aussi souvent ses plus dangereux ennemis¹. Aussi si pleine liberté doit être accordée à nos parlementaires, celle-ci ne peut se transformer en licence ; car, tout droit finit là où commence l'abus.

Telles sont les innovations à apporter ; quelles que soient les difficultés qui surgiront, on doit les écarter : il s'agit, en effet, de l'existence même du Parlement : le régime parlementaire se réformera ou il périra ; la vie sous toutes ses formes a besoin d'institutions pour la régir : si ces institutions sont insuffisantes, elles doivent disparaître, car la vie n'attend pas. Or, notre Parlement ne répond plus aux exigences actuelles ; on a pu dire que c'était « une usine construite avant guerre, pour une production donnée et qui ne peut suffire logiquement aujourd'hui à une production décuplée. Une refonte, un remaniement est indispensable² ».

Aussi faut-il réorganiser le travail du Parlement ; en

1. V. dans ce même sens M. Standaert, Discours prononcé à la Chambre des représentants, *An. parlementaires de Belgique*, séance de mercredi 18 mai 1927, p. 1503.

2. Paul-Boncour, cité par Barthélemy, *op. cit.* ; c'est ce que constatait aussi M. le ministre Hymans ; v. même sens Picard, *Pandectes belges*, p. XLIII : « quand on recherche comment se font nos lois, quand on se rend

assurant une meilleure rédaction des lois, en améliorant la production législative, on redonnerait à nos Chambres l'autorité dont elles ont besoin.

Mais pour que cette autorité renaisse, il faudra, non seulement améliorer la méthode de travail¹, mais aussi la qualité de ceux qui l'appliquent²; et pour cela, il ne faut d'abord pas oublier que « l'idée de représentation n'est pas seulement dans le suffrage ; elle est bien plus encore dans toutes les forces du pays : sociales, religieuses, pensantes, productrices, travailleuses. Il n'y a qu'à les dégager³ ». C'est ce qu'ont compris un grand nombre de pays en modifiant leur constitution⁴.

Et puis, il faut surtout que les électeurs apprennent à mieux choisir leurs députés; qu'ils comprennent que l'intérêt suprême du pays doit primer, qu'ils assurent aux techniciens et compétences l'entrée au Parlement.

Ceux-ci se tiennent loin de la vie politique ; pour les y engager, il faut rendre à nos parlementaires le prestige dont ils ont besoin ; il faut surtout que le pays et les grands partis politiques comprennent que seules la liberté et l'indépendance absolue de leurs opinions, assurent aux parlementaires l'accomplissement avec

compte de la manière dont fonctionnent les rouages de la législation, à qu'ils sont confiés, comment chacun remplit ses devoirs, quelle aide il prête à l'œuvre commune, quelle est la dose de science, d'expérience ou même de simple attention que les membres de nos Chambres y apportent, on ne s'étonne plus du résultat. Il est fatal, il est inévitable ».

1. « La méthode sert la promptitude et la qualité des solutions », Joseph Barthélemy, rapport sur une proposition de règlement, Chambre des Députés, annexe n° 2945, séance du 3 juin 1926.

2. Dans le même sens, Larnaude, *L'Évolution actuelle du régime représentatif*, p. 52, qui croit que toute tentative de discipliner les commissions de la Chambre « échouera, tant qu'on n'aura pas modifié la qualité même des hommes qui composent le Parlement. C'est le fond qui importe beaucoup plus que la forme ».

3. Larnaude, *L'inconstitutionnalité des lois*, p. 41 ; même sens, Larnaude, *L'Évolution actuelle du régime représentatif*, p. 47 ; v. aussi article M. Mille-
rand, *Intransigeant*, Faut-il réviser la constitution, 19 août 1926, p. 1 et 2. L'ancien Président de la République demande l'entrée dans le Sénat « pour une proportion à déterminer, des membres élus par les organismes commerciaux, intellectuels, industriels » ; v. aussi Larnaude, *op. cit.*, p. 49.

4. Il en est ainsi notamment dans la nouvelle Constitution roumaine de 1923, qui admet l'entrée au Sénat, d'un nombre de représentants élus par les Chambres agricoles, commerciales et industrielles du pays.

Nous tenons aussi à noter la présence au Sénat des représentants des Universités et de l'Académie roumaine. Le droit des Universités d'élire chacune un sénateur est d'ailleurs traditionnel.

autorité de leur mandat¹ ; qu'elles seules permettent, sous un régime de liberté, aux capacités de s'affirmer.

Nous ne pouvons conclure qu'en disant que pour réorganiser notre Parlement, il faut une nouvelle méthode de travail plus adaptée à la vie ; pour l'obtenir et l'appliquer, il faut sélectionner nos parlementaires de demain : que le bas-politicien disparaisse, pour faire place aux meilleurs esprits de la nation. C'est seulement ainsi que le Parlement pourra recouvrir l'autorité dont il a besoin, et répondre aux besoins si pressants de l'heure.

Nous concluons ainsi notre chapitre sur le Parlement ; nous avons vu la place qu'il tient dans notre technique législative externe. Pour répondre à cette tâche, il doit être aidé par des commissions, par des bureaux ministériels, par le Conseil d'Etat. Comment fonctionnent ces différents organes ? Quelles sont les innovations à y apporter ? C'est ce que nous nous promettons de voir en étudiant successivement dans les chapitres suivants : les bureaux ministériels, les commissions, le Conseil d'Etat. Enfin dans un dernier chapitre, nous examinerons l'importance de l'information dans la technique législative externe.

1. C'est ce que constate aussi Larnaude, *Etudes sur les garanties judiciaires*, extr. du *Bull. Soc. Lég. comp.*, 27 février 1902, en parlant de l'immixtion des juges américains dans le pouvoir législatif. Et l'auteur continue : « L'influence exercée sur les Chambres et sur le peuple lui-même par cette limitation à outrance des pouvoirs du législateur est déclarée détestable par les auteurs américains. Les Chambres n'apportent aucun soin à la confection des lois, sachant qu'elles seront redressées par les cours, et le peuple connaissant le trop petit rôle qui est réservé à ses mandataires, ne trouve plus pour exercer ces fonctions que des hommes auxquels on ne voudrait même pas confier le soin d'une affaire privée quelque peu importante » (p. 56) ; v. aussi Boutmy, *op. cit.*, qui, après avoir constaté la trop grande immixtion de l'opinion publique dans l'œuvre législative, ajoute : « les hommes politiques... maintiennent systématiquement de mauvaises lois parce qu'ils ne peuvent savoir d'avance où les mènerait une première réforme, si humble, si modeste fût-elle » (p. 258).

A plus forte raison, tout mandat impératif imposé par les partis doit être sévèrement réprimé comme contraire à la constitution. C'est ce que nous avons d'ailleurs déjà dit plus haut ; voir dans le même sens G. Vanden Bossch, *Le régime parlementaire en Belgique*, discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'Université de Gand, le 20 octobre 1925, *Belgique judiciaire*, 1925 : « ...les électeurs ont le devoir de choisir les membres du Parlement à raison de leur valeur, — disons pour plus de précision, de leur valeur législative... ; que les candidats une fois élus, ils ne soient pas permis de les soumettre à la tutelle étroite et gênante d'un comité extra-parlementaire... » (p. 557). V. aussi même sens, prof. Charles Borgeaud (de Genève), *L'Evolution actuelle du régime représentatif*, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1929, p. 241-242.

CHAPITRE II

BUREAUX MINISTÉRIELS

30. Nous avons vu au chapitre précédent la façon dont fonctionne la technique législative au Parlement ; nous avons étudié ses lacunes et reconnu son insuffisance : or, le nombre des propositions et projets soumis chaque année aux Chambres devient de plus en plus grand, et de ce nombre ¹, près de la moitié est due à l'initiative gouvernementale ². Aussi, une étude de technique législative externe nous paraîtrait impossible sans un examen sur la rédaction des lois, en dehors du Parlement, dans les bureaux ministériels. Mais, pour y arriver, il importe de savoir quels sont les moyens propres assurant la collaboration des ministres à l'œuvre législative. C'est ce qui formera l'objet de ce chapitre : dans une première partie, nous parlerons des moyens d'élaboration des projets gouvernementaux et de collaboration à l'œuvre

1. V. Joseph Barthélemy qui rapporte qu'en 1920 il a été déposé par le Gouvernement 478 projets et par les députés 500 propositions (p. 752) : Rapport sur une proposition de règlement, Chambre des Députés, annexe n° 2945, séance du 3 juin 1926.

2. V. note 1. Rien plus, en certains pays tels que la Suisse, « la procédure législative en vigueur devant les conseils soumet le droit d'initiative de leurs membres à une restriction de fait qui attribue la préparation de tous les projets de lois au Gouvernement... Le projet est rédigé par les soins du département compétent qui peut faire appel à toutes les collaborations désirables » (Charles Borgeaud, *De l'évolution actuelle du régime représentatif*, p. 35); v. aussi pour l'Angleterre, Courtney Ilbert, *op. cit.*, qui parlant des « Government's bills », nous dit : « the more important and an enormous proportion of those which become law, are introduced by some member of the Government... » (p. 9). C'est ce que constate aussi Pol. Lawyer, *La rédaction des lois en Angleterre* : « Le plus sûr moyen pour qu'un bill soit adopté par les deux Chambres, et devienne loi, c'est que le Gouvernement le fasse sien et le présente au Parlement » (p. 637); v. aussi Alten, *Law in the making*, Oxford, 1927, p. 289.

du Parlement. Dans une seconde section, nous examinerons les résultats de ce travail et les moyens d'y remédier.

I. — ELABORATION DES PROJETS GOUVERNEMENTAUX

31. Pour comprendre l'importance de cette question pour notre sujet, il ne faut pas oublier que le Parlement est avant tout un organe politique ; les propositions, dues à l'initiative parlementaire, conservent pour la plupart ce caractère : elles répondent à un intérêt social ou électoral.

Les questions de droit présentent un caractère technique qui n'intéresse pas nos députés ; la plupart du temps, les projets s'appliquant à des intérêts privés sont préparés par le Gouvernement dans ses bureaux et dans des commissions spéciales¹ ; *ces commissions*, composées souvent des personnes les plus compétentes de la magistrature, du barreau, de l'enseignement, sont nommées par les ministres en vue de la rédaction de certains projets. Elles présentent quelquefois un caractère de permanence leur permettant d'étudier tout un genre de projets ; elles sont créées auprès des ministères ou complètement indépendantes.

Leur intervention dans la rédaction des lois est des plus importantes. Il ne faut surtout pas oublier le rôle joué par les commissions lors des dernières rédactions des codes ; aussi réserverons-nous à leur étude un chapitre spécial, à la suite de celui-ci. Nous n'étudierons pour le moment que les commissions techniques créées auprès d'un grand service ; elles se distinguent des bureaux

1. Le droit pour le Gouvernement de faire appel à ses bureaux ou à des commissions spéciales résulte, dans certains pays, des textes législatifs. Tel était le cas pour la Roumanie, où à la suite de l'art. 131 de la Const. de 1866, supprimant le Conseil d'État roumain, nous trouvons une loi d. 1866 qui partageait les attributions de ce Conseil. L'art. 2 de cette loi nous dit que : « Les ministres préparent dans leurs ministères ou dans des commissions spéciales les projets qu'ils ont à soumettre aux Chambres ». V. V. Gabrielescu, *Consiliul legislativ permanent*, 1922, p. 18.

par leur existence « précaire », par leur composition « mobile » et surtout parce « qu'elles sont habituellement composées des principaux agents de l'administration, auxquels s'adjoignent des membres du Parlement et des différentes professions intéressées dans les décisions à prendre, ou capables d'éclairer ces décisions ¹ ».

Dans les bureaux, les projets sont préparés par les fonctionnaires. Nous verrons plus tard les avantages et inconvénients de ce système : contentons-nous de constater que les principaux moyens dont dispose le Gouvernement pour la rédaction des lois sont les bureaux et les commissions.

En Angleterre, le rôle de ces fonctionnaires aidant à la rédaction des lois est accompli par le « Parliamentary Counsel of the Treasury » dont nous parlerons plus loin : disons dès maintenant que la fonction du Parliamentary Counsel, créée d'une façon permanente depuis 1871 ², consiste à assurer la bonne rédaction des « government bills ³ ».

Grâce à tous ces éléments, le Gouvernement se trouve dans de meilleures conditions que le Parlement pour assurer la bonne rédaction des lois ; ses bureaux et commissions lui assurent plus de facilités dans l'information ⁴ ; de plus, « le ministre dispose d'un personnel compétent et bien outillé : le parlementaire, personnellement, a rarement à sa disposition des compétences d'une valeur comparable ⁵ ».

1. Henri Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1926, p. 44; v. aussi X..., *Trop de lois*, *Rev. pol. et parl.*, 1913, I, p. 17 : parlant de la rédaction des lois en Suisse par les bureaux ministériels, l'auteur dit : « les Suisses ont organisé la confection de leurs lois d'une manière qui se rapproche de la perfection : avant, ils consultaient des commissions spéciales, en dehors des parlementaires ».

2. Par la Treasury Minute du 31 janvier 1871. Elle fut créée dès 1833, sans avoir au commencement une trop grande importance et des attributions trop précises; aussi la voyons-nous disparaître dès 1837. V. sur tout cela Courtenay Ilbert, p. 43; v. aussi Pol. Lawyer, *La règle civile en Angleterre*, p. 63 et suiv.; Allen, *Law in the making*, Oxford, 1927, p. 275.

3. Par opposition aux « Private members bills », dus à l'initiative des députés.

4. C'est ce que nous verrons plus loin au chapitre qui s'y référera.

5. Harold Laski, *L'évolution actuelle du régime représentatif*, 1928, p. 16; v. même sens Joseph Barthélemy et Duez, *op. cit.*, qui constatent qu'« en fait les parlementaires trouvent des collaborateurs-nés dans les ministères »

C'est ce qui explique, d'après certains, « la prédominance croissante du pouvoir exécutif ¹ » ; c'est ce qui explique aussi le grand nombre de projets gouvernementaux dont nous avons parlé.

32. Pour la collaboration à l'œuvre du Parlement, les ministres sont souvent aidés par des commissaires intervenant dans les Commissions et même en séance, cela au moins pour la discussion des projets plus importants ² ; ces commissaires sont d'habitude des fonctionnaires supérieurs du ministère ³ ou des techniciens ayant pris part à l'élaboration de la loi ⁴ : ils complètent les

(p. 458). Aussi demande-t-on aujourd'hui la création près des commissions permanentes, d'un personnel administratif. V. Aubert Lefas, La réforme des méthodes du travail parlementaire, *Revue des Sc. politiques*, t. LIII, janvier-mars 1930, p. 50 et s. Il résulte d'une enquête de l'auteur auprès des parlementaires que : « si les commissions avaient à leur disposition des fonctionnaires habitués au maniement des textes juridiques, elles pourraient leur confier la mission de collaborer à certaines rédactions. Les textes présentés par les commissions à la Chambre seraient plus au point qu'ils ne le sont actuellement en général... » (p. 54). Cet essai est en train de se faire. En effet, la commission de législation civile et criminelle de la Chambre « a demandé (janvier 1930) au ministre de la Justice de désigner un membre du Conseil d'Etat et un magistrat de l'Ordre judiciaire, comme conseillers techniques de la commission... » (*ibid.*, p. 54).

1. Harold Laski, *op. cit.*, p. 17 ; v. même sens Courtney Ilbert, *op. cit.*, cela est d'autant plus important que ces deux auteurs parlent des rapports du Parlement et du pouvoir exécutif au xx^e siècle. Or, dans un livre paru à la même époque sur la *Psychologie politique du peuple anglais au XIX^e siècle*, 1901, Boutmy nous dit que « les Anglais sont d'avis que le pouvoir législatif, même dans ses parties inférieures, ne se délègue pas ; le Parlement entend l'exercer dans toute son étendue » (p. 234) ; v. aussi pour la France, Perreau, Chronique législative du droit civil en 1910, *Revue critique*, 1911, qui constate que les Chambres s'abstiennent « le plus possible dans les questions juridiques, en laissant à l'exécutif la plus grande latitude » (p. 360).

2. L'art. 6, al. 2, de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 prévoyait la désignation de commissaires « par décret du Président de la République, en raison de leur compétence technique, pour assister un ministre dans la discussion d'un projet de loi déterminé ». Joseph Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p. 543 ; v. aussi Barthélemy, *op. cit.*, p. 100 ; c'est ce que constate aussi pour l'Allemagne Anton Erkelenz, Dusseldorf, M. d. R., *Wie ein Gesetz Gemacht wird*. Der Deutsche Reichstag, *op. cit.*, 1929, p. 3.

3. Les directeurs des affaires civiles et des affaires criminelles pour le ministère de la Justice y interviennent souvent. Tel est le cas, par exemple, des décrets du 19 novembre 1925 et du 29 mars 1927 nommant commissaires du Gouvernement MM. Fleys et Donat-Guigne, conseillers d'Etat en service extraordinaire, directeurs des affaires civiles et du sceau, pour assister le ministre de la Justice dans la discussion au Sénat et à la Chambre du projet de loi sur la nationalité. V. Débats Sénat, *J. off.*, 1925, p. 1622, col. 1 ; Débats Chambre, *J. off.*, 1927, p. 1099.

4. Nous tenons à citer la nomination comme commissaire du Gouvernement, lors de la discussion au Sénat du projet de loi sur la nationalité, du très distingué et subtil civiliste de la Faculté de Paris, M. le professeur Lévy-Ullmann, directeur du cabinet, qui avait été quelques années plus tôt rapporteur du projet à la Société d'études législatives. Décret 1^{er} décembre 1925. V. Débats Sénat, *J. off.*, p. 1646, col. 1.

ministres dans les discussions techniques ; ils assurent la refonte des projets après le dépôt des amendements ; ils peuvent même suppléer aux ministres dans les discussions en séance : ils n'agissent, dans ce cas, qu'en tant que délégués de ceux-ci.

Cette fonction est remplie, en Angleterre, par le « Parliamentary Counsel of the Treasury » : celui-ci assure non seulement la rédaction des bills, mais aide le ministre dans les débats des commissions¹. On comprend facilement l'importance de leur intervention aux débats du Parlement : étant souvent auteurs des projets discutés, ils en connaissent seuls, d'une façon approfondie, l'ensemble², aussi peuvent-ils les défendre plus facilement que les ministres contre les amendements intempestifs. De là tout l'intérêt qu'on lui a toujours accordé³.

Bureaux, commissions, commissaires, tels sont donc les organes principaux assurant la collaboration du ministre à la rédaction des lois⁴.

1. « The draftsman may be expected to attend the debates and give such assistance as he can in the way of framing or modifying amendments, or meeting points » (Courtney Ilbert, *op. cit.*, p. 80).

2. C'est ce qui arrive d'ailleurs la plupart du temps, dans tous les pays.

3. Eugen. Stătesco, dans son Exposé des motifs du Projet du Conseil lég. roumain présenté au Sénat dans la session 1885-1886, constatait pour le cas où les ministres ne pouvaient suivre d'une façon continue la discussion de leur projet, « qu'il est indispensable qu'ils puissent être remplacés au cours du débat par l'un des membres de la commission, par celui qui s'est occupé, plus spécialement de la loi et qui en connaît mieux le mécanisme et l'économie générale ». Aussi le projet, dans son article 8, laissait la faculté aux membres de la commission de pouvoir être délégués pour soutenir devant les Chambres, les projets de lois qu'ils auraient préparés ; il ajoutait que : « cette délégation ne peut être accordée que par décret royal... Le membre délégué représente le ministre et fonctionne comme sous-secrétaire d'Etat » (p. 20). Nous verrons plus tard quel est le système existant à ce point de vue, aujourd'hui, en Roumanie.

4. Nous ne parlerons pas du *Cabinet*, quoique certains y aient vu « la première collaboration sur laquelle comptent les Gouvernants pour l'élaboration des projets de lois » (Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 98) ; l'incompétence et le manque de continuité qui caractérisent cet organe y empêchent tout travail sérieux. V. aussi sur l'« organisation éphémère » du cabinet, Hauriou, *Précis de Droit administratif et de Droit public*, 1927, 11^e éd. p. 119 et note 2 ; Henri Barthélemy, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 1930, 12^e éd., p. 336.

Parlant, p. 127, des ministres en Angleterre, J. B. ajoute : « la règle de l'amateurisme gouvernemental y fut toujours beaucoup plus rigoureusement appliquée que dans d'autres pays ». Il semble cependant qu'en Angleterre, le cabinet soit l'organe qui assure la continuité entre les différents gouvernements. V. J. Ramsay Mc Donald, *Socialism and Government*, t. II, p. 35, cité J. B., *op. cit.*, p. 138.

33. Il importe maintenant de savoir comment fonctionnent ces différents organes, et surtout quelle est la compétence qui s'y manifeste ? Assurent-ils la continuité dans la rédaction des lois ? Ces questions présentent toutes un grand intérêt ; c'est d'elles que dépendra pour beaucoup l'autorité attachée aux projets gouvernementaux.

On a trop parlé de l'incompétence de la plupart des ministres, du temps trop court passé par eux au pouvoir¹, du trop grand nombre de charges qui les accablent sous notre régime démocratique², pour ne pas comprendre que ce n'est pas d'eux que dépendra la bonne rédaction de leurs projets³. Or, le Parlement a souvent besoin de directions fermes et de travaux bien préparés qui lui soient soumis ; s'il s'abandonne quelquefois, s'il délègue ses pouvoirs au gouvernement, c'est dans l'espoir d'y trouver les qualités techniques nécessaires.

1. Parlant du « Régime parlementaire et de ses vices », Emile de Laveleye compare la Chambre à « un sable mouvant où aucune administration ne peut s'asseoir. De là résultent des crises ministérielles fréquentes », *Le Gouvernement dans la démocratie*, t. II, 1891, p. 90. Quant à l'incompétence des ministres, voir même auteur, p. 112 ; V. Barthélemy, *Le problème de la compétence dans la démocratie*, 1918, p. 122 et suiv. ; Salvioli, Introduction au livre de Cosentini, 1913, p. 4 ; v. aussi Moreau, *La révision du Code civil et la procédure législative, Livre du Cent naire*, t. II : « le ministre est d'ordinaire un homme politique, associé à des plans et à des œuvres bien éloignés du droit civil, absorbé par des travaux et des soucis non juridiques, sa compétence juridique n'a été pour rien dans son élévation. Il ne saurait sans témérité se promettre une durée assez longue pour mener à bien l'entreprise » (p. 1055) ; Voir aussi Savart, *Ann. parl. de Belgique, op. cit.* : « Les ministres ne font pour ainsi dire que passer au pouvoir. Leur courte vie est un combat... Appliqués d'une part à repousser les attaques de l'opinion, de la presse, de la Chambre, absorbés d'autre part par les soins assidus que réclament leurs départements, les ministres ne conservent pas la quiétude d'esprit nécessaire et n'ont pas à leur disposition les longues heures indispensables pour approfondir..., formuler les projets de loi nouveaux... » (p. 94-95) ; v. enfin, tout dernièrement paru, un article du distingué professeur Gaston Jèze demandant d'augmenter le nombre des ministres, afin d'assurer la stabilité du Gouvernement, *La politique et la Finance, Journal des Finances*, vendredi 7 mars 1930, 1.

2. V. Salvioli, *op. cit.*, p. 4 ; Picard, *Pandectes belges*, VI ; Moreau, *op. cit.*, p. 1055 ; Stàtesco, *op. cit.*, p. 12 et suiv. Sous notre régime démocratique, l'interchangeabilité s'ajoute à l'instabilité et aggrave l'incapacité » (Barthélemy, *op. cit.*, p. 123).

3. Certains auteurs demandent cependant que « la rédaction de l'exposé des motifs... ne soit pas l'œuvre d'un spécialiste ; il doit être rédigé sous l'inspiration directe de l'auteur responsable de la loi, c'est-à-dire du Ministre chargé de défendre le projet devant les Chambres... » (Courtney Ilbert, *op. cit.*, p. 91).

Cette technicité, la trouvera-t-il dans les Ministères ? Il importe de dire dès le commencement que les commissaires délégués au Parlement pour assister les ministres assurent avec autorité leur charge : techniciens avertis, ayant pris souvent une part très active à la rédaction des projets, ils savent défendre leur œuvre ; ils savent en conserver l'unité quant à la forme et quant au fond. A l'orateur politicien qu'est le ministre¹, ils apportent l'ensemble de leurs connaissances et de leur préparation technique ; ils le complètent et le suppléent même souvent. L'autorité de leur intervention paraît indiscutable ; pour nous en rendre compte, nous n'avons qu'à rappeler le rôle joué en Angleterre par le « Parliamentary Counsel ». Aussi au point de vue d'une bonne technique législative, leur intervention est de plus en plus nécessaire².

Nous l'avons vu, c'est surtout lors de la rédaction des projets qu'apparaît la nécessité d'une bonne technique législative ; car « le centre du travail législatif se trouve dans le premier projet écrit. S'il n'est pas pénétré d'un esprit uniforme, il n'est guère possible de l'en remplir plus tard. Plus le projet est simple et bien établi, plus il fera son chemin contre les propositions modificatrices. Ce travail est d'autant plus facile que le projet est ferme et précis dans son langage et dans son contenu³ ; ces

1. On a dit que « la formule de la démocratie parlementaire, c'est l'*orateur aux affaires* » (Barthélemy, *op. cit.*, p. 194-6).

2. On constate cependant qu'« il ne faut pas exagérer l'importance de la place qu'ils tiennent dans les débats législatifs », qu'il y a sans doute une « interminable série de décrets désignant ces commissaires du gouvernement », mais « dans l'immense majorité des cas ces décrets servent simplement de cartes d'entrée dans la salle des séances pour des fonctionnaires... afin de lui (au ministre) fournir, au moment voulu, le renseignement ou les pièces nécessaires. D'une façon générale le commissaire du gouvernement se confine dans des interventions directement techniques » (Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p. 567) ; c'est ce que constate aussi Speyer, *La réforme de l'Etat en Belgique* : après avoir reconnu l'intérêt que présenterait l'intervention plus fréquente des commissaires du Roi, il conclut en disant : « bien que la participation des commissaires du Roi aux travaux parlementaires ait été prévue de tout temps par le règlement des deux assemblées, il a rarement été fait appel à leur concours dans la pratique » (v. Règlement du Sénat, art. 11, et Règlement de la Chambre, art. 17) (p. 102, note 1).

3. Hermann Weck, *Die Sprache im Deutschen Recht*, 1913 ; v. aussi dans le même sens Thaller, Rapport présenté sur la question de révision du Code civil, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904 : « L'œuvre vaudra ce que ses rédacteurs originaires l'auront faite » (p. 502).

conditions de forme et de contenu, quant aux projets présentés aux Chambres, sont-elles remplies ? C'est ce que nous essayerons de voir en étudiant la rédaction des projets gouvernementaux dans les bureaux et dans les commissions spéciales.

En indiquant les principes directeurs du projet, le ministre charge de l'élaboration un ou plusieurs fonctionnaires compétents pris dans les bureaux ¹. Lorsque le projet a une plus grande étendue, ou ne tombe pas dans le ressort d'un fonctionnaire, le ministre nomme une commission spéciale. La rédaction du projet est toujours précédée de recherches officielles et d'une ample documentation ² ; pour les projets importants, des réunions ont lieu entre le ministre et les fonctionnaires, ou les membres de la commission. Cela permet au ministre de mieux connaître le projet, cela assure aussi aux projets une plus grande autorité.

Telle est, en principe, la procédure à suivre ; il faut reconnaître qu'en réalité le mécanisme ne fonctionne pas d'une façon aussi parfaite. Sans doute les bureaux ministériels, surtout les groupes d'étude qu'on y rencontre, facilitent pour beaucoup l'information : ils sont quelquefois spécialisés dans la réunion de la documentation nécessaire ³ ; de plus, les chefs de ces services, les fonctionnaires chargés de la rédaction des lois, sont souvent des éléments très distingués, possédant la connaissance approfondie des affaires traitées. Ils représentent « l'élément traditionnel » et assurent par là l'uniformité dans les lois.

Il ne faut cependant pas oublier que sous un régime démocratique comme le nôtre, la politique vicie pour beaucoup le fonctionnement des rouages de notre sys-

1. Dont on a vu « les collaborateurs officiels les plus normaux de l'initiative gouvernementale » (Joseph Barthélemy, *Le problème de la compétence dans la démocratie*, p. 99).

2. Nous le verrons plus loin en étudiant l'importance de l'information dans la loi.

3. V. Barthélemy et Duez, *op. cit.* p. 566, L'importance des services des ministères au point de vue de l'information.

tème : elle intervient dans l'élection des bureaux ¹ et en alourdit la marche. La continuité de la rédaction par une même personne est absolument nécessaire pour assurer l'unité du projet : or le fonctionnaire travaille en vertu d'une délégation qui peut lui être retirée à chaque changement de cabinet : aussi paraît-il impossible de confier aux bureaux l'élaboration des projets à longue haleine. Le genre de travail qui leur est propre influe pour beaucoup sur l'esprit des fonctionnaires, il crée cet état d'esprit bureaucratique qui rétrécit leur vision et les empêche de saisir d'un seul coup les différents côtés du problème posé ².

Ce qu'il importe surtout de relever, c'est la tâche souvent écrasante qui s'impose aux chefs de service : la complexité de leurs travaux administratifs est souvent si grande, qu'il leur est tout à fait impossible de consacrer aux projets le temps nécessaire à leur rédaction ; car celle-ci suppose « des années et du calme, le silence du cabinet, des travaux préparatoires, des études opiniâtres, des recherches nombreuses, de la prudence et un talent d'observation poussé à sa plus haute puissance ».

Aussi comprend-on facilement que la plupart du temps, le ministre fasse appel à des commissions spéciales ⁴ ; ces commissions sont composées des personnes

1. « Un autre reproche que l'on peut faire à l'influence des partis dans le régime représentatif, c'est l'abus de l'intervention des députés dans toutes les branches de l'administration » (Emile de Laveleye, *Le Gouvernement dans la démocratie*, t. II, 1891, p. 113) ; C'est ce que constate aussi M. Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 220, en parlant du *Spoils System* d'Amérique qui « a constitué pendant longtemps un obstacle à l'établissement d'une forte démocratie analogue à la nôtre... »

2. C'est ce qui résulte aussi de l'art. de Maurice Vauthier, Le travail législatif, *Revue de l'Université de Bruxelles*, p. 145 : « Les fonctionnaires sont, en raison de l'emploi qui leur est confié, des spécialistes. Ils connaissent admirablement le domaine qu'ils occupent et qu'ils « possèdent ». Ils ne jettent qu'un regard quelque peu distrait au delà des limites qui les circonscrivent. Ce sentiment chez eux, ils sont naturellement enclins à penser que les lois, à la confection desquelles ils participent, sont essentiellement faites pour eux... (Ils) s'imaginent... avec candeur que ce qui leur paraît lumineux est forcément clair pour le public. Comme ils sont, par définition, des spécialistes, les questions d'application, les détails ont à leurs yeux, une importance considérable. Les principes généraux auxquels ces questions se rattachent et d'où elles dérivent intéressent moins les fonctionnaires. »

3. Savart, Débats Sénat belge, séance du 16 mars 1857, *op. cit.*, p. 95.

4. V. dans le même sens, déclarations Hymans, *op. cit.* : « Il ne faut pas oublier que la plupart des projets d'ordre technique que présente le Gou-

compétentes dont nous avons parlé plus haut. Elles semblent présenter toutes les garanties de sérieux et de technique nécessaire. Elles devraient donc assurer une bonne rédaction des projets. Par malheur il n'en est rien : ces commissions ne présentent pas suffisamment de continuité dans leur travail : composées de professeurs, magistrats, fonctionnaires, occupés par ailleurs, elles ne peuvent se réunir qu'à des dates très éloignées. Or, nous avons vu que l'unité du projet exige d'être rédigé d'un seul jet et sans intermittence.

Le nombre de ces commissions est trop grand : on n'y rencontre pas l'unité de vues nécessaire qu'on pourrait trouver dans un conseil permanent ; aussi a-t-on dû reconnaître « que la méthode de légiférer, basée sur des commissions temporaires et *ad hoc*... présente de grands inconvénients et dangers... Le caractère fragmentaire de leurs enquêtes les expose à des erreurs inévitables ». Ces commissions créées par différents ministères « sont disjointes, répandues de différents côtés sans aucune directive unitaire, sans aucune solidarité entre elles quant aux sujets de même nature ¹ ». On comprend les lenteurs et pertes de temps inutiles qui peuvent en résulter, les nombreuses contradictions qu'on rencontre souvent dans les différents projets.

vernement sont préparés par des commissions spéciales » (p. 1540) : Cependant certains n'y voient que des « collaborateurs occasionnels », Barthélemy, *op. cit.*, p. 99. Ces commissions, demeurant sous la dépendance du Ministre, peuvent avoir aussi un caractère permanent : Nous nous contenterons de citer l'exemple bien connu du *Conseil permanent de législation* créé par Cruppi en 1904. Malheureusement ces commissions sont soumises dans leur travail aux fluctuations politiques. C'est ce que constate aussi Larnaude, *L'évolution actuelle du régime représentatif*, à propos justement du Conseil permanent cité plus haut : « il n'a eu qu'une existence éphémère, sans jamais avoir été supprimé expressément, il a cessé en fait de se réunir au bout de quelques années d'une expérience précaire, parce que les ministres ou plutôt les chefs de cabinet dont il gênait quelquefois les desseins, ont cessé de les convoquer... » (p. 51); v. même sens Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 107; v. aussi Salvioli, *op. cit.*, parlant de la commission créée par Gallo, l'auteur dit : « il sembla d'ailleurs d'une grande sagesse de faire ce que les autres ont fait et cette destinée ne fut pas épargnée à la commission pour la réforme du droit privé, bien que sa constitution par décret royal eût pu donner quelque confiance sérieuse à une durée plus longue ». Après le départ du ministre Gallo « la commission n'a pas été convoquée par les ministres successifs ».

1. Exposé des motifs du projet du Conseil législatif roumain soumis à la Chambre roumaine le 16 février 1925, Débats de l'Assemblée constituante des Députés, *Monitorul oficial*, 1925, p. 1505-1506.

De toutes parts s'élèvent des critiques : on demande le remplacement de ces commissions par un comité permanent qui assurerait plus d'unité dans la législation¹ ; nous examinerons cela d'une façon approfondie dans le chapitre suivant. Mais avant d'y passer, nous étudierons les résultats de ce système et les moyens d'y remédier.

34. Après ce qui vient d'être dit, il ne paraîtra pas étrange que les lois dues à l'initiative gouvernementale ne présentent pas toutes les qualités techniques désirables ; la discontinuité dans le travail, la dispersion des forces entre un trop grand nombre de commissions, le trop de labeur qui accable les meilleurs de nos fonctionnaires, enfin, la politique qui s'y mêle souvent pour embrouiller tout, sont des causes trop profondes pour ne pas bouleverser le fonctionnement régulier de l'initiative gouvernementale ; c'est à son propos qu'on a pu dire « si Dieu avait chargé une commission de créer le monde, le chaos régnerait encore²... ».

De là, « des lois mal équilibrées, à base juridique boiteuse, à terminologie impropre ou équivoque, qui ne cadrent guère avec l'ensemble de nos codes, sont parfois en contradiction avec les principes fondamentaux et ouvrent une ère nouvelle féconde aux controverses et à la chicane, tant l'incertitude et la confusion sont grandes³ ». Aussi comprend-on qu'on ait vu dans les commissions « un mode imparfait de faire des lois⁴ » et que la plupart des auteurs demandent leur remplacement par un organe permanent et indépendant qui assure une meilleure rédaction⁵.

1. Parlant des « Commissions ministérielles », Henri Chardon, *L'Administration de la France*, nous dit : « le nombre de ces commissions s'est multiplié extraordinairement... Elles chevauchent, s'entrecroisent et prennent une peine extrême pour des résultats hypothétiques ; on nomme commissions sur commissions, des sous-commissions, des commissions plénières... Sous des ministres successifs, elles se hâtent lentement et lorsqu'elles croient enfin toucher au but, elles apprennent stupéfaites que le ministre en fonctions a des idées diamétralement opposées à celui qui les a nommées et qu'il vient, par une décision improvisée en 24 heures, d'anéantir leur travail » (p. 392).

2. Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 103.

3. Barthélemy, *op. cit.*, p. 103.

4. Albert Van Zuylen, De l'institution du Conseil d'Etat en Belgique, *La Belgique judiciaire*, 5 février 1880, p. 738.

5. C'est ce que nous verrons plus loin dans un chapitre spécial.

Il importe que le Gouvernement regagne l'autorité dont il a besoin, qu'il assume à nouveau son rôle directeur dans l'activité législative. Aujourd'hui, trop de lois, avons-nous vu, constituent de simples canevas soumis à tous les amendements¹ ; au lieu de directions fermes et souples s'imposant par leur qualité technique, on soumet aux Chambres des projets insuffisamment préparés. Le trop grand nombre d'initiatives gouvernementales empêche souvent l'élaboration de tout travail sérieux dans les bureaux et commissions ; on agit ici encore sous l'impulsion du moment.

Le mal est d'autant plus grand que le nombre des projets se multiplie ; qu'encombrés de travail et de politique, les Parlements délaissent souvent leurs pouvoirs au Gouvernement où ils espèrent trouver la compétence et la sérénité qui leur manquent. Or, si quelquefois le but est atteint, si la technique des commissions donne lieu à des travaux remarquables² le nombre des vices dont nous avons parlé plus haut continue à être trop grand. C'est ce qui explique le manque d'autorité de ces projets, c'est ce qui explique aussi qu'ils soient souvent complètement modifiés en séance³.

Il est nécessaire, aujourd'hui plus que jamais, que ce système prenne fin, que le Gouvernement regagne son ancienne autorité, car il ne peut y avoir révision des codes sans cela. Pour que le Gouvernement puisse collaborer utilement à l'œuvre du Parlement, il faut que ses travaux soient mieux rédigés. Il ne faut pas oublier qu'aujourd'hui « beaucoup de vices que l'on impute au régime parlementaire tiennent en partie à l'insuffisance de l'administration. Mal secondés par des services admi-

1. V. Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 115 et suiv. ; v. aussi Joseph Barthélemy, *Le Gouvernement législateur*, *Rev. pol. et parl.*, mai 1917, p. 8 ; c'est ce que constate aussi M. Aubert Lefas, *La réforme des méthodes du travail parlementaire*, *Rev. des Sc. pol.*, t. LII, oct.-déc. 1919 : l'auteur critique « le curieux procédé du dépôt des projets de lois « en blanc » et celui des projets « trop hâtivement rédigés » (p. 509).

2. V. Barthélemy, *op. cit.*, p. 103.

3. V. même sens Hymans : « Il arriva souvent que ces projets si scrupuleusement médités furent bouleversés par les Chambres » (discours prononcé à l'occasion de la discussion générale du budget du ministère de la Justice pour l'exercice 1927, p. 1541).

nistratifs organisés d'une manière défectueuse et où les aptitudes des agents capables sont utilisés en dépit du bon sens, les ministres ne sont pas en mesure d'aborder efficacement la solution des grands problèmes d'intérêt général. Si le Parlement travaille mal, c'est souvent parce que les questions qui lui sont soumises sont mal préparées¹ ». Aussi, si on veut de bonnes lois, faut-il commencer par réorganiser le travail dans les ministères.

II. — REMEDES A APPORTER

35. Nous avons déjà trop parlé des causes qui motivent la mauvaise rédaction des projets, pour ne pas percevoir dès maintenant les améliorations à y apporter.

La préparation des lois est confiée sans discernement sérieux aux bureaux de tel ou tel ministère qui n'y sont souvent pas préparés ; les fonctionnaires qui y travaillent sont souvent trop surchargés pour pouvoir y apporter la meilleure partie de leur temps ; « l'influence vivifiante du dehors », si nécessaire à la loi, ne pénètre pas toujours dans ces bureaux. L'examen, par le Ministère de la justice, de tous les projets contenant des dispositions juridique, devient de plus en plus une simple formalité. De là, le manque d'unité qui caractérise souvent ces projets² ; de là aussi la gravité que présentent les problèmes de technique gouvernementale. Pour les résoudre, pour obtenir cette unité, pour assurer enfin une meilleure rédaction de nos lois, il est nécessaire de créer un organe unique jouissant d'une autorité et d'une technique suffisantes. Cet organe ne pourrait être que le Conseil d'Etat ou un Conseil législatif permanent ; lui seul pourrait assurer la continuité dans la rédaction au milieu des discontinuités politiques³.

1. Speyer, *op. cit.*, p. 88.

2. Ce manque résulte aussi souvent de la dispersion du travail législatif entre trop de commissions spéciales.

3. Cette continuité peut se référer soit à la rédaction, soit à la défense d'un même projet devant le Parlement. V. sur les défauts de discontinuité

Nous étudierons plus loin, dans le chapitre qui s'y réfèrera, le rôle du Conseil d'Etat dans la rédaction des projets de lois ; contentons-nous de constater ici son importance. Il ne faut pas oublier que, dans la plupart des pays, les attributions du Conseil législatif sont purement consultatives ; il est créé près du Ministère de la justice pour l'aider dans l'élaboration des lois ; l'efficacité de son travail dépendra pour beaucoup de la collaboration que lui apportera celui-ci.

Aussi, l'unanimité des auteurs des différents pays demande qu'on donne plus d'autorité au Ministère de la justice ; on s'élève contre l'indifférence qu'il manifeste trop souvent, on demande qu'il veille d'une façon plus efficace « à la bonne tenue juridique des lois..., à leur terminologie..., à leur concordance..., à leur cohésion ² ». Tel serait le rôle élevé qui appartiendrait au département de la justice, — « Ministère des Ministères », — dans la révision et la correction de l'œuvre législative ³. A lui seul aussi de préparer l'initiative gouvernementale de l'avenir ; « de prendre contact avec les organisations économiques et sociales ⁴, de réaliser un échange d'idées permanent entre la juridiction et l'administration, de faire des comptes rendus de l'activité des organisations internationales... ⁴ » ; à lui de défendre son œuvre devant le Parlement contre les amendements qui pourraient en détruire l'unité.

Les auteurs allemands qui soutiennent cette opinion

qui représentent la plupart des Etats modernes, Larnaude, *L'évolution actuelle du régime représentatif, Union inter-parlementaire*, 1928, p. 55; Larnaude, *L'unification législative entre la France et l'Italie, Bull. Soc. lég. comp.*, 1930, p. 154.

1. Standaert, *op. cit.*, p. 1004; v. les mêmes idées exposées dans : Débats sénat de Belgique 1856-1857, p. 117.

2. Hymans *op. cit.*, p. 1541.

3. C'est ainsi que, pour éviter les malentendus qui pourraient en résulter, un projet de loi sur « la Protection du travail » (en Allemagne) autorise le ministère du Travail (art. 1^{er}, al. 5) à déterminer si des entreprises ou un travail donné tombent ou non sous l'empire de la loi, cela seulement après avoir consulté « la commission de l'Empire pour la protection du travail » et le Conseil de l'Empire (Chambre Haute), Prof. Dr Lutz Richter, *Der Entwurf eines Arbeitsschutzgesetzes, Deutsche Juristen Zeitung*, 1929, Heft. 6, p. 412.

4. Schlegelberger (Directeur au ministère de la Justice), De la rationalisation de la législation, dans *Deutsche Juristen Zeitung*, 1928, p. 475.

vont plus loin ; ils demandent que le Ministère de la justice se préoccupe de plus près des travaux législatifs du Parlement ; qu'il s'entende « avec le président et les partis du Reichstag quant à la limitation des initiatives législatives parlementaires, à la modification des délibérations des commissions, en un mot, qu'il participe autant que possible, dès le début, à tous les travaux législatifs ¹ » ; ils voudraient faire du Ministère de la justice « un Ministère de législation auquel appartiendrait l'examen approfondi des projets... avant de soumettre les initiatives au Reichstag, après le vote et avant la promulgation ² ». Ils espèrent par là assurer, non seulement une meilleure rédaction des lois, mais surtout « rationaliser » la législation en écartant le trop de lois d'aujourd'hui.

Telle est la mission dont certains voudraient charger le Ministère de la justice ; nous craignons qu'il ne succombe sous un tel poids. Si nous pouvons admettre qu'il lui appartient de contrôler la technique des lois des autres départements, de la défendre devant le Parlement, il nous paraît beaucoup moins certain qu'il puisse s'immiscer dans l'initiative parlementaire. D'ailleurs, nos Parlements sont bien trop jaloux de leurs droits pour l'admettre ³ ; de plus, les moyens directs mis à la disposition du Ministère de la justice pour assurer une telle œuvre sont souvent insuffisants ; nous avons déjà trop parlé du fonctionnement des bureaux et des commissions pour y revenir. Nous nous contenterons de rappeler leur insuffisance.

36. Aussi s'affirme dans tous les pays une tendance de plus en plus accentuée de créer un Conseil législatif à la

1. *Ibid.*, p. 475.

2. Schlegelberger, *op. cit.*, p. 475 ; v. dans le même sens, l'art. du Président Baumbach dans *Deutsche Juristen Zeitung*, 1927, p. 22.

3. V. auteurs cités reconnaissant qu'« il est douteux que cela soit possible sans une modification de la constitution » ; c'est ce qui résulte aussi des déclarations de Courtney Ilbert, *The mechanics of law Making* : « There is nothing of which our house of commons is more jealous than of its autonomy, of its exclusive power to regulate its own practice and procedure without any interference by any external authority » (p. 11).

place des anciens Conseils existant près de ce Ministère¹.

On en étend les pouvoirs jusqu'à lui permettre d'embrasser l'ensemble de la législation ; il acquiert un caractère semblable à l'ancien Conseil d'Etat français ; c'est là seulement que l'élément traditionnel et technique se trouve à l'abri de toutes influences politiques. Le souvenir de son passé glorieux est une garantie suffisante pour l'avenir. Il faut reconnaître que les résultats de son intervention dans les pays où il fut nouvellement créé sont des plus satisfaisants ; il constitue « un instrument très efficace rendant d'immenses services² » ; aussi faudrait-il augmenter son autorité, en rendant son avis obligatoire pour les projets gouvernementaux et en lui soumettant la rédaction des initiatives importantes.

Pour faciliter le travail du Conseil législatif, il faudrait que le ministre de la justice intervienne plus souvent aux travaux de ces commissions ; la présence du ministre, lors des discussions juridiques, lui permettrait de mieux connaître les projets à défendre plus tard au Parlement³ ; la collaboration étroite du technique et du politique ne pourrait qu'en augmenter la valeur⁴.

1. Tel est le cas du « Conseil permanent de législation serbe », qui devint partie intégrante de la section de législation du Ministère de la Justice, organisé par le règlement du ministère de la Justice du 14 décembre 1919 : v. art. de M. Thomas Giovanovitch (prof. Univ. Belgrade), Le travail législatif dans le royaume des Serbes, Croates et Slovènes, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1925 ; en Roumanie, une loi de 1924 réglemeute le fonctionnement d'un Conseil législatif prévu par la Constitution de 1923, art. 76. Ce Conseil législatif remplace l'ancienne « Commission législative provisoire » créée près du ministère de la Justice, par la décision ministérielle n° 1322, du 16 janvier 1920. V. *Monitorul oficial*, 1920, n° 214 ; pour la Belgique, l'ancien « Conseil de législation », créé par M. Carton de Wiart en 1911, voit ses attributions largement étendues en 1922 ; v. discours Hymans prononcé en 1927, *op. cit.*, p. 1541.

2. Hymans, *op. cit.*, p. 1541.

3. De là aussi un grand gain de temps dans le vote des lois : c'est ce que constate aussi M. le Recteur Fr. Xavier Fierich (président de la commission de codification polonaise) : dans son compte rendu chez le maréchal de la Diète, il déclare : « l'innovation sus-exposée jointe à d'autres pourrait abréger le cours des travaux relatifs à chaque code, de deux ans au moins » (cité dans l'art. de M. Babinski, L'état actuel de la codification en Pologne, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1926, p. 150).

4. Car, comme le déclare aussi Courtney Ilbert, *op. cit.* : « Government by experts is not an ideal of which I am enamoured. But Government by experts is on thing ; government with the aid of experts is another. And in legislation, as in the other branches of government, to seek the aid of experts, and to keep there in their proper places, is desirable and wise » (p. 76).

grands Codes modernes. Bien plus, en France, on demandait dès 1661 de confier la rédaction des ordonnances à un petit nombre de personnes ; « cet ouvrage, disait-on ¹, qui est de grande étendue, peut et doit être l'occupation de plusieurs personnes, auxquelles les matières pourront être distribuées selon leurs capacités et leurs connaissances particulières »..., et on ajoutait : « ces personnes travailleront toutes séparément, puis rapporteront en commun, l'un des jours de la semaine, ce qu'elles auraient fait ». Voilà posée, d'une façon très nette, la nécessité des commissions spéciales ; voilà résolue du même coup la coopération du travail intellectuel et du travail commun. Nous verrons, en effet, plus loin que, même lorsque, pour hâter le travail, les différentes parties d'un code sont attribuées à des rédacteurs distincts, l'examen en commun est toujours nécessaire pour assurer l'unité de l'œuvre.

Contentons-nous de constater, pour le moment, l'intervention de plus en plus grande de ces commissions dans le travail législatif ² ; elles sont souvent composées des éléments les plus distingués du barreau, de l'Université et de la magistrature ; on a dit avec raison que c'est grâce à elles que « jusqu'à présent, on s'est tiré d'affaire, tant bien que mal, dans l'ordre de la fonction législative ³ ». Aujourd'hui surtout, lorsque les problèmes de révision des codes, d'unification du droit, se posent dans tous les pays, la question de savoir comment assurer un meilleur rendement dans leur travail nous paraît des plus importantes. Mais avant d'y passer, il s'agit de savoir si le travail « en commissions » est supérieur au travail « individuel ».

38. Il y a un fait certain : « l'histoire législative des derniers temps nous montre que le travail des commis-

1. Pussort, *Mémoires*, p. 443.

2. C'est ce que nous avons vu aussi plus haut dans le chapitre « Bureaux ministériels ».

3. Larnaude, *L'évolution actuelle du régime représentatif*.

sions l'emporte de beaucoup¹ » ; on institue dans tous les pays des commissions de plus en plus nombreuses ; on les charge de la rédaction des lois et de leur révision. Cette méthode est-elle la meilleure possible ? C'est ce que nous nous proposons de dire maintenant.

Il importe d'indiquer que cette question de méthode s'est toujours posée lors de la rédaction d'un code² ; il suffit de rappeler que l'avis du 15 avril 1874 de l'avant-commission allemande comprenait parmi d'autres questions, aussi celle de savoir si on devait travailler séparément ou en commun³.

Les auteurs qui soutiennent la supériorité du rédacteur unique⁴, invoquent la nécessité de conserver l'unité de forme et de fonds entre les différentes parties de la loi. Or celle-ci implique l'unité de direction ; on conçoit facilement que celle-ci puisse être obtenue plus difficilement dans une commission ; le travail en commission fait disparaître toute responsabilité pour les individualités qui y prennent part. De là, le manque d'activité : le travail traîne en lenteur⁵, parce que personne ne tient à trop travailler... Cela, jusqu'au moment où apparaît dans la commission une seule personnalité qui prend la direction de l'œuvre et y insuffle une nouvelle vie. Les exemples sont trop connus pour nous y arrêter ; rappelons simplement celui de

1. Justus Wilhelm Hedemann, *Über die kunst gute gesetze zu machen*, Festschrift Otto Gierke, Zum siebzigsten Geburtstag, p. 9.

2. Ce n'est d'ailleurs qu'à l'occasion de la rédaction d'un Code ou de lois d'une plus grande étendue qu'elle peut seulement se poser.

3. « ...Comme procédé pratique pour la rédaction du projet, la commission, écartant la pensée irréalisable d'un rédacteur unique, propose une division en parties dont chacune serait confiée à un rédacteur spécial astreint à se conformer aux instructions générales de la commission de rédaction, chargée d'ailleurs d'arrêter le texte dans son ensemble » (Bufnoir, communication sur les travaux préparatoires du Code civil allemand, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1880, p. 106) ; v. aussi sur l'importance accordée à cette question par l'avis, Hölder, *Kommentar des B. G. B.*, t. 1, p. 6.

4. Larnaude, *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, op. cit., p. 919 ; Zitelmann, *Die kunst der Gesetzgebung*, demande aussi que : « la rédaction fut confiée à un seul rédacteur qui serait désigné par les facteurs législatifs d'un accord commun » (p. 6) ; Roguin, *Observations sur les codifications de lois civiles*, Recueil publié par la Faculté de droit de Lausanne, 1896, p. 133.

5. Parlant du travail dans les commissions, Hedemann, op. cit., constate que : « la lenteur est le phénomène qui frappe tout de suite l'observateur » (p. 14).

Suarez pour le A. L. R. et de *Huber* pour le Code civil suisse.

Le travail en commissions ramènerait donc au rédacteur unique ; c'est ce qu'ont fait certains pays qui, pour hâter la réalisation de l'unité législative, ont remplacé la travail collectif par le travail individuel¹.

Ce système a ses dangers : « Une loi ne peut être l'ouvrage d'une seule tête ; dès sa première version, tout texte légal doit être soumis à l'épreuve d'un examen contradictoire qui en décèlera les lacunes et les inévitables imperfections². »

Rien n'est plus complexe que la composition d'un code ; les éléments sociaux et moraux se combinent à chaque pas avec les éléments juridiques ; un code n'est pas le produit d'un cerveau, mais celui d'un époque. Il suppose, — comme nous le verrons plus tard, — des connaissances très étendues dans tous les domaines ; un seul homme n'y suffirait pas. De là, la nécessité du travail en commissions où seules peuvent se manifester toutes les compétences nécessaires ; un tel travail permet d'étudier d'un façon plus complète toutes les questions qui viendraient à surgir ; il empêche l'éclosion d'une œuvre trop systématique³, imbue des idées personnelles d'un seul.

Nous reconnâtrons sans doute avec *Kohler*⁴, la supériorité d'un rédacteur unique éminent. Il assure l'unité de l'œuvre, tout en écartant une forme trop personnelle ; mais de tels hommes ne se trouvent pas à chaque instant. Et même alors, il est nécessaire que le travail collectif vienne renforcer le travail individuel. Il en fut ainsi

1. C'est ce que constate aussi M. le Recteur Fr. Xavier Fierich (président de la commission de codification) dans son compte rendu chez le maréchal de la Diète. Il y voit « le mot d'ordre de la réforme de nos travaux de codification ». V. L'état actuel de la codification en Pologne, Babinski, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1926, p. 150.

2. Picard, *Pandectes belges*, VI.

3. Comme fut le premier projet de Code civil allemand.

4. « ... En tout cas un seul homme génial importe plus qu'une douzaine de gens de deuxième ou de troisième ordre », Joseph Kohler, *Huber und das Schweizer Zivilgesetzbuch*, *Reinische Zeitschrift für zivil und proces recht*, 1913, 5, p. 42.

pour le Code civil suisse, rédigé d'abord par une seule personne (Huber¹), puis examiné par des commissions².

Voilà, en quelques mots, ce que nous avions à dire au sujet du problème que nous nous étions posé : jurisconsulte unique ou commission ? L'un assure plus d'unité dans le travail, l'autre augmente les garanties de compétence ; par là, le travail en commissions acquiert de plus en plus d'importance ; lui seul peut résoudre l'ensemble des problèmes que pose la rédaction d'un code³. Mais pour cela, il ne faut pas qu'il rabaisse les individualités qui y prennent part ; qu'il leur enlève toute responsabilité dans la tâche commune : ce n'est que par un renforcement de celle-ci, qu'on pourra assurer un meilleur fonctionnement de l'ensemble⁴.

II. — CONDITIONS NECESSAIRES POUR AMELIORER LEUR RENDEMENT

Le travail en commissions nous paraît donc, dans la plupart des cas, supérieur au travail individuel ; mais

1. Il importe d'ailleurs d'indiquer que cela était conforme à la tradition suisse où « les Codes cantonaux avaient été rédigés par des rédacteurs uniques » (Henri Chaudé, *Le nouveau Code civil suisse*, p. 57). Deux des œuvres les plus originales de la Suisse furent rédigées de cette façon : 1° le Code de Zurich, par le jurisconsulte Blunschli (1855) ; 2° celui des Grisons, par Planta (1862).

2. Après que le travail d'Huber fut publié (15 nov. 1900), le Département Fédéral de Justice et de Police nomma en mai 1901 une commission chargée d'examiner l'Avant-projet ; « cette commission fut composée de 31 membres, pour la plupart professeurs, députés, magistrats et de neuf experts spéciaux » (Henri Chaudé, *op. cit.*, p. 35). Durant l'élaboration même du Code, intervinrent des petites commissions « comprenant outre le rédacteur et plus tard le chef du département de la Justice, deux ou quatre membres au plus » (Huber, Exposé des motifs, p. 12).

3. C'est ce que constate aussi M. le professeur Colmo, *op. cit.*, p. 275, en parlant de la complexité des questions que soulève la rédaction d'un Code : « un codificateur devrait avoir été professeur, législateur, ministre, avocat, homme de lettre, écrivain, économiste, etc. Aussi l'élaboration d'un semblable projet devrait être confié à une commission représentant les principaux intérêts dans le Code, jamais à une seule personne. »

4. D'ailleurs la commission ne rédige pas elle-même ; elle se contente de fixer un plan, de poser les principes de la matière et d'en contrôler l'application. La rédaction proprement dite ne peut être qu'individuelle ; mais en permettant aux différents rédacteurs de se réunir, de discuter en commun, la commission facilite la collaboration des compétences entre elles.

Suarez pour le A. L. R. et de *Huber* pour le Code civil suisse.

Le travail en commissions ramènerait donc au rédacteur unique ; c'est ce qu'ont fait certains pays qui, pour hâter la réalisation de l'unité législative, ont remplacé la travail collectif par le travail individuel¹.

Ce système a ses dangers : « Une loi ne peut être l'ouvrage d'une seule tête ; dès sa première version, tout texte légal doit être soumis à l'épreuve d'un examen contradictoire qui en décèlera les lacunes et les inévitables imperfections². »

Rien n'est plus complexe que la composition d'un code ; les éléments sociaux et moraux se combinent à chaque pas avec les éléments juridiques ; un code n'est pas le produit d'un cerveau, mais celui d'un époque. Il suppose, — comme nous le verrons plus tard, — des connaissances très étendues dans tous les domaines ; un seul homme n'y suffirait pas. De là, la nécessité du travail en commissions où seules peuvent se manifester toutes les compétences nécessaires ; un tel travail permet d'étudier d'un façon plus complète toutes les questions qui viendraient à surgir ; il empêche l'éclosion d'une œuvre trop systématique³, imbue des idées personnelles d'un seul.

Nous reconnaitrons sans doute avec *Kohler*⁴, la supériorité d'un rédacteur unique éminent. Il assure l'unité de l'œuvre, tout en écartant une forme trop personnelle ; mais de tels hommes ne se trouvent pas à chaque instant. Et même alors, il est nécessaire que le travail collectif vienne renforcer le travail individuel. Il en fut ainsi

1. C'est ce que constate aussi M. le Recteur Fr. Xavier Fierich (président de la commission de codification) dans son compte rendu chez le maréchal de la Diète. Il y voit « le mot d'ordre de la réforme de nos travaux de codification ». V. L'état actuel de la codification en Pologne, Babinski, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1926, p. 150.

2. Picard, *Pandectes belges*, VI.

3. Comme fut le premier projet de Code civil allemand.

4. « ... En tout cas un seul homme génial importe plus qu'une douzaine de gens de deuxième ou de troisième ordre », Joseph Kohler, *Huber und das Schweizer Zivilgesetzbuch*, *Reinische Zeitschrift für zivil und proces recht*, 1913, 5, p. 42.

pour le Code civil suisse, rédigé d'abord par une seule personne (Huber¹), puis examiné par des commissions².

Voilà, en quelques mots, ce que nous avions à dire au sujet du problème que nous nous étions posé : jurisconsulte unique ou commission ? L'un assure plus d'unité dans le travail, l'autre augmente les garanties de compétence ; par là, le travail en commissions acquiert de plus en plus d'importance ; lui seul peut résoudre l'ensemble des problèmes que pose la rédaction d'un code³. Mais pour cela, il ne faut pas qu'il rabaisse les individualités qui y prennent part ; qu'il leur enlève toute responsabilité dans la tâche commune : ce n'est que par un renforcement de celle-ci, qu'on pourra assurer un meilleur fonctionnement de l'ensemble⁴.

II. — CONDITIONS NECESSAIRES POUR AMELIORER LEUR RENDEMENT

Le travail en commissions nous paraît donc, dans la plupart des cas, supérieur au travail individuel ; mais

1. Il importe d'ailleurs d'indiquer que cela était conforme à la tradition suisse où « les Codes cantonaux avaient été rédigés par des rédacteurs uniques » (Henri Chaudé, *Le nouveau Code civil suisse*, p. 57). Deux des œuvres les plus originales de la Suisse furent rédigées de cette façon : 1° le Code de Zurich, par le jurisconsulte Blunschli (1855); 2° celui des Grisons, par Planta (1862).

2. Après que le travail d'Huber fut publié (15 nov. 1900), le Département Fédéral de Justice et de Police nomma en mai 1901 une commission chargée d'examiner l'Avant-projet; « cette commission fut composée de 31 membres, pour la plupart professeurs, députés, magistrats et de neuf experts spéciaux » (Henri Chaudé, *op. cit.*, p. 35). Durant l'élaboration même du Code, intervinrent des petites commissions « comprenant outre le rédacteur et plus tard le chef du département de la Justice, deux ou quatre membres au plus » (Huber, Exposé des motifs, p. 12).

3. C'est ce que constate aussi M. le professeur Colmo, *op. cit.*, p. 275, en parlant de la complexité des questions que soulève la rédaction d'un Code : « un codificateur devrait avoir été professeur, législateur, ministre, avocat, homme de lettre, écrivain, économiste, etc. Aussi l'élaboration d'un semblable projet devrait être confié à une commission représentant les principaux intérêts dans le Code, jamais à une seule personne. »

4. D'ailleurs la commission ne rédige pas elle-même; elle se contente de fixer un plan, de poser les principes de la matière et d'en contrôler l'application. La rédaction proprement dite ne peut être qu'individuelle; mais en permettant aux différents rédacteurs de se réunir, de discuter en commun, la commission facilite la collaboration des compétences entre elles.

pour améliorer son rendement, certaines conditions doivent être remplies, quant à la composition de la commission et quant à sa méthode de travail. C'est ce que nous nous proposons de voir maintenant.

39. Quant à la composition. — Quelles sont les conditions nécessaires ? La première, la plus importante, nous paraît être celle du *nombre* ; celui-ci doit être limité à quelques personnes : une commission nombreuse travaille mal, elle présente trop de lenteur dans ses mouvements, trop de confusion dans son travail.

En effet, « dans une commission nombreuse, les opinions les plus différentes sont représentées ; ... à chaque nouvelle matière que l'on aborde, un échange de vues est nécessaire et il s'engage une discussion longue, diffuse, pour aboutir à une entente souvent superficielle. Sur tel point, on donnera raison à l'un, ailleurs, on fera une concession à un autre, et il sera bien difficile que, tiraillée dans quantité de directions différentes, l'œuvre conserve quelque unité. Les commissions nombreuses sont, d'une façon générale, condamnées à la lenteur et à l'incohérence ; ... autant la discussion est excellente quand elle est circonscrite entre un petit nombre de personnes, autant elle risque de s'égarer ... quand trop de personnes y prennent part ¹ ».

La majorité des auteurs est aujourd'hui d'accord là-dessus ². L'histoire nous enseigne que les grands travaux juridiques du règne de Louis XIV et de Napoléon ont

1. Henri Chaudé, *op. cit.*, p. 58.

2. Bentham déclarait déjà que : « la méthode qui se présente la première, d'après ce qui est fait jusqu'à présent, consiste à confier « à une commission moins nombreuse de juristes qui se partagent les travaux et se réunissent pour les discuter » (*Œuvres de Bentham*, t. III, p. 108) ; Stuart Mill, *Representative Government*, p. 199 ; Laurent, Lettre au ministre de la Justice, avant-projet du Code civil belge, p. I ; Glasson, *Grande Encyclopédie*, Codification, t. XI : « La discussion d'un projet de Code ne peut... être utilement entreprise qu'au sein d'une commission spéciale composée d'un nombre très limité de membres » (p. 816, col. 1) ; Moreau, *Révision du Code civil et la procédure législative*, Livre du Centenaire, t. II, p. 1048 ; Capitain, *Les transformations du droit civil depuis 50 ans. Livre du Centenaire*, t. I, p. 79 ; Ambroise Colin, *Gazette du Palais*, jeudi 2 octobre 1886, p. 3, col. 4 ; Hedemann, *op. cit.*, qui cite les paroles du doyen de la Faculté de Leipzig : « même pour la législation, beaucoup de cuisiniers gâtent le gruau » (p. 9), etc...

été rédigés par un petit nombre de personnes¹ ; c'est sans doute à ce travail limité, restreint, que nous devons, au moins pour partie, la rapidité avec laquelle ils furent terminés². Surtout, lorsqu'il s'agit de la rédaction ultime d'un code, le nombre de personnes qui en sont chargées doit être des plus restreints ; seul, un tel nombre peut en assurer l'unité : c'est ce qu'on a toujours compris³. Lorsque ces principes ont été oubliés⁴, des faits ont surgi immédiatement pour nous les rappeler⁵ ; on a déjà trop parlé de la commission Vallé, avec ses « soixante et un membres et vingt-six secrétaires », pour nous y appesantir encore⁶ ; mais ce n'est pas sans une profonde mélancolie qu'on voit mourir si vite, dans la confusion, une commission née sous de si beaux auspices.

Il ne nous semble pas qu'il y ait contradiction entre cette condition et la nécessité où se trouve une commission de réunir les compétences nécessaires ; l'histoire nous prouve qu'une commission peut avoir, à côté de ses membres permanents, intervenant habituellement dans la rédaction, des membres non permanents n'y apparaissant que lorsque les circonstances l'exigent⁷.

1. V. Glasson, La codification en Europe au XIX^e siècle, *Rev. pol. et parl.*, 1894, II, p. 402 ; c'est ce que constate aussi Sabatier, *L'art de faire des lois, Bonaparte et le Code civil*, 1927, p. 5.

2. Faut-il encore rappeler que l'arrêté du 24 thermidor an VIII chargeait une commission de cinq personnes de rédiger le projet de Code civil, et que quatre mois plus tard, le 1^{er} pluviôse an IX, il était déjà imprimé ?

3. Nous savons qu'il fut créé en Allemagne, lors de la rédaction du B. G. B., près de la deuxième commission, un comité de rédaction composé du Président, du Rapporteur général et du Rapporteur spécial. De même, lors de l'introduction du Code civil français en Alsace, on créa cinq commissions composées d'un petit nombre de personnes, v. Capitant, introduction en Alsace-Lorraine du droit civil français, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1921, p. 173.

4. V. discours M. Ernest Vallé (Garde des Sceaux) prononcé à l'occasion de la première réunion de la commission de réforme du Code civil, 22 déc. 1904, *Bull. Soc. Lég. comp.*, 1905, p. 80.

5. Il faut rappeler aussi les lenteurs et confusions auxquelles aboutit la « commission de compilation » créée par Marie-Thérèse, en 1753, et où les juristes de tous les pays étaient représentés.

6. Voir notamment J. Bonanecase, *La philosophie du code Napoléon appliquée dans la famille. Rev. Génér. du Droit* 1^{er} 30, p. 181.

7. Tel fut le cas de la 2^e commission de rédaction du Code civil allemand ; nous y trouvons treize membres non-permanents, représentant les intérêts économiques et politiques. V. Hölder, *Kommentar des B. G. B.*, t. 1, p. 12.

Cela permet d'assurer l'unité et la rapidité dans le travail, tout en faisant intervenir les compétences nécessaires.

Telle est la première condition dont nous avons à parler : il faut reconnaître que dans la plupart des cas, elle est toujours remplie. Pour pouvoir travailler, une commission nombreuse se divise en sous-commissions, cheminant chacune d'une façon indépendante ; des discussions en commun interviennent de temps en temps, pour assurer l'unité de l'œuvre. Mais pour qu'une commission travaille efficacement, il ne suffit pas qu'elle soit peu nombreuse ; il faut encore qu'elle remplisse certaines conditions quant à la *qualité* de ses membres : elle doit, en effet, comprendre non seulement des *techniciens*, mais encore des *praticiens* et même des *hommes politiques* ¹.

Nous avons déjà trop parlé, dans le chapitre précédent, de l'apport des techniciens dans la rédaction de la loi ; aussi, nous contenterons-nous d'y renvoyer. Les questions de technique, de rédaction des lois, sont des questions complexes, nécessitant du temps et des connaissances appropriées. Elles exigent chez ceux qui sont appelés à les résoudre, un état d'esprit particulier, qui ne s'acquiert que par beaucoup de travail et de patience ². Ces qualités techniques pourront se manifester à l'intérieur d'une commission plus amplement que partout ailleurs. C'est ce qu'on a compris depuis toujours ; aussi voyons-nous figurer dans toutes les commissions chargées de la rédaction des projets de

1. Nous ne sommes pas d'accord avec ceux qui croient que « les différents collaborateurs intervenant dans une commission ne doivent pas être d'origine et de tempérament différents » (v. en ce sens Thaller, Rapport présenté sur la question de révision du Code civil, *op. cit.*, p. 502). Ce n'est que par une telle intervention que les différents problèmes que pose la rédaction d'un Code pourront être résolus ; pour assurer l'unité de forme, une révision ultime du travail pourra être confiée à une commission restreinte de deux ou trois techniciens. V. en faveur d'une telle composition, le rapport au roi du ministre de la Justice M. J. de Volder, précédant l'arrêté royal du 15 novembre 1884 qui devait constituer une commission composée de 20 membres choisis parmi les notabilités du Parlement, de la magistrature, du barreau et du professorat, qui fut chargée de préparer les modifications à introduire dans le Code civil belge.

2. V. Zitelmann, *Die kunst der Gesetzgebung*, p. 11-12, 12-14.

loi, des représentants les plus distingués des facultés¹; ils donnent leur avis dans les différentes questions discutées. C'est surtout dans la rédaction des derniers Codes civils que leur intervention fut décisive : l'influence personnelle de Huber dans le Code civil suisse, et de Bevilacqua dans le Code civil brésilien, est trop connue pour nous y arrêter².

Cette intervention des techniciens, dans les commissions, pourrait, si elle était seule, présenter des dangers : elle risque de rendre le travail trop doctrinaire et systématique ; par là, elle l'éloigne de la connaissance commune³, ce qui ne pourrait être que dangereux pour un Code civil⁴ qui doit avant tout correspondre aux besoins de son temps : nous l'avons souvent dit; le peuple doit se retrouver dans son code, aussi sa rédaction fut-elle souvent confiée à des praticiens⁵.

1. « On ne pourra jamais exclure le juriste; la matière juridique est tellement compliquée que les non-juristes ne sauront que faire sans l'aide du juriste. Seul le juriste possède la précision nécessaire des idées, seul il voit l'état juridique actuel auquel il doit se rattacher, seul il peut connaître la législation étrangère existant dans ces cas... » (Hedemann, *op. cit.*, p. 9); v. aussi même sens, Larnaude, *L'évolution actuelle du régime représentatif*, p. 52.

2. Il en fut de même dans la rédaction du projet de Code civil tchécoslovaque, où les cinq rapporteurs chargés de l'élaboration étaient des professeurs représentant différentes facultés. V. Lambert, *Les publications...* etc. *Bull. soc. leg. comp.* 1926, pag., 171.

3. Cela peut présenter un grand danger pour l'application d'un Code; c'est ce que nous verrons d'ailleurs plus tard. V. cependant Laurent, De la compétence des tribunaux belges relativement aux étrangers, *Belgique judiciaire*, 1878, t. XXXVI. Parlant de la nomination des professeurs des Universités de Gand et de Liège comme rapporteurs dans les commissions de révision du Code pénal, du Code de procédure et du Code d'instruction criminelle, l'auteur déclare : « la voix de la science doit se faire entendre dans ces graves débats, mais... elle ne doit pas dominer; car le travail législatif n'est pas une affaire de théorie; le droit est une face de la vie et les exigences de la vie réelle sont souvent tout autres que les enseignements de la chaire » (p. XXXI).

4. V. Gierke, *Der Entwurf eines B. G. B.* : l'auteur critique le premier projet du Code civil allemand, dont il ne voit qu'« un compendium des pandectes fondu dans les articles d'une loi ». Et il ajoute : « dans chacune de ses phrases, le Code s'adresse aux juristes allemands, mais il ne s'adresse pas au peuple allemand » (p. 3). Il faut aussi rappeler que le Codex Theresianus rédigé par le professeur Azzoni de Prague fut repoussé par le Conseil d'Etat (1786) comme trop théorique.

5. Parlant de l'influence des Pandectes de Windscheid sur le Code civil allemand, Hedemann, *op. cit.*, rappelle qu'« il n'y a pas longtemps, on ne voulait rien savoir des professeurs comme législateurs. Frédéric le Grand défendit expressément qu'ils prissent part à la confection de son Landrecht » (p. 9). Bien plus, la première commission du B. G. B. comprenait sur 11 membres, 9 praticiens et seulement 2 professeurs (Windscheid et Roth); la rédaction des cinq parties du Code fut confiée à des praticiens. V. Hölder, *Kom-*

Ceux-ci interviennent de plus en plus dans les commissions¹; ils y représentent le barreau² et la magistrature; mêlés continuellement à la vie, ils en apportent le souffle, ils en expriment les besoins, ils doivent veiller à ce que la loi soit le plus conforme à leur résultante.

Nous verrons plus loin, lorsque nous parlerons de l'information, l'influence du dehors sur la rédaction de la loi : cette influence se manifeste en grande partie par l'intermédiaire des praticiens³.

A côté des techniciens et des représentants du barreau et de la magistrature, interviennent souvent les non-juristes; la nécessité de leur intervention est unanimement admise⁴ : seul, le choix de ces non-juristes conduit à de grandes difficultés. On a dit, avec raison, que « la grande tâche de l'avenir est de gagner ici des bases sûres⁵ ». Cette base trouvée, leur place dans les commissions ne pourra que s'agrandir.

Telle est, d'une façon habituelle, la composition des commissions techniques : praticiens et non-juristes collaborent à l'œuvre commune; l'intervention de chacun d'entre eux est nécessaire⁶; les techniciens assurent la

mentar des B. G. B., t. I, p. 8; Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, p. 19; pour le Code brésilien, v. Bevilacqua Clovis, préface au Code civil brésilien, 1928. « La commission chargée par le ministre de la Justice de réviser le Code était composée de 5 membres dont 4 praticiens » (p. XXIV).

1. La commission du 15 novembre 1884 chargée de réviser le Code civil belge, composée de 20 membres, comprenait à côté des représentants de l'Université de Liège, de Bruxelles, de Gand, de Louvain, de la Chambre, des représentants du barreau, de la cour d'appel de Bruxelles et de la Cour de cassation. V. sur l'intérêt de leur intervention, Larnaude, *L'Unification législative entre la France et l'Italie*, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1930, p. 155.

2. V. quant à l'importance de la compétence des membres du barreau américain, le tout dernier article de M. Hervé L. Pleven, *Un grand cabinet de « lawyers » à New-York*, *Rev. pol. et parl.*, sept. 1930, p. 432 et s.

3. V. Moreau, *op. cit.*, p. 1058; Hedemann, *op. cit.*, p. 9; Larnaude, *op. cit.*, p. 52.

4. C'est ce que constatait déjà au siècle dernier le prof. Dr Holder. L'intérêt de la participation de ces derniers à la rédaction du 2^e projet de Code civil allemand « est d'importance non seulement pour les intérêts divers, mais... aussi pour la forme de la loi », *Zum allgemeinen Theil des Entwurfes eines Deutschen B. G. B.*, *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 73, 1888.

5. Hedemann, *op. cit.*, p. 9.

6. V. en sens contraire, Thaller, *Rapport présenté sur la question des révisions du Code Civil*, *Bull. Soc. Et. légis.*, 1904, p. 502, qui croit que le

conformité du projet aux principes de droit, les praticiens et non-juristes facilitent son application en imprimant à ces formules un caractère évolutionniste ¹.

Les commissions renferment souvent aussi des hommes politiques ² ; on a voulu y voir des inutiles : s'il en est ainsi quelquefois, il faut reconnaître cependant qu'ils sont souvent nécessaires au succès des travaux. Nous l'avons déjà dit lorsque nous avons parlé du Parlement : les projets techniques une fois rédigés par la commission, conformes aux principes établis par les Chambres, devraient être votés en bloc, sans être soumis aux modifications en séance. Or, on comprend facilement que l'intervention des parlementaires aux travaux de la commission faciliterait pour beaucoup l'acceptation d'une telle méthode ³ : les exemples se référant au vote du Code civil allemand sont suffisamment connus pour ne plus les rappeler. La majorité des auteurs ⁴ est d'accord là-dessus : elle demande l'intervention des parlementaires dans la rédaction des projets ; la seule question qui puisse donner lieu à discussions est celle de savoir de quelle façon elle se produira.

Certains auteurs ⁵ demandent la constitution par les Chambres de commissions spéciales qui discuteraient dans des conférences publiques, contradictoirement avec les auteurs du projet ; quant à nous, nous croyons que les parlementaires devraient intervenir au cours des travaux de la commission ⁶ ; cela faciliterait sans doute l'unité de l'œuvre.

différents rédacteurs doivent appartenir au même corps ; car des tiraillements pourraient intervenir en cas contraire, rendant très difficile la rédaction de la loi.

1. Il faut citer aussi l'intervention des fonctionnaires lorsque les commissions travaillent auprès des différents ministères. Ils y représentent l'élément « informatif ».

2. Car « la législation n'est qu'une partie de la politique générale si on prend ce terme dans son sens plus extensif » (Zitelmann, *Die Kunst der Gesetzgebung*, 1904, p. 3). Aussi en Autriche, une loi de 1867 « concernant la préparation des projets de lois étudiés ayant un objet complexe donne aux membres des Chambres la faculté d'assister aux séances et commissions élues et d'y faire discuter leurs amendements » (Bertrand, *Discours de rentrée à la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 31).

3. Il pourrait en effet exposer en Commission l'ensemble de leurs vues

4. Moreau, *op. cit.*, p. 1058 ; v. aussi Bertrand, *op. cit.*

5. Alvarez, *Nouvelle conception des études juridiques*.

6. C'est ce qui arrive en fait.

Nous avons ainsi répondu à la deuxième question que nous nous étions posée au sujet de la composition des commissions. Mais pour être complet, on doit ajouter que *les membres de celles-ci doivent être nommés en dehors des préoccupations politiques* ; pour pouvoir apporter une collaboration sérieuse à l'œuvre commune, *ils ne doivent pas être trop préoccupés par ailleurs*.

Nous avons déjà souvent parlé de l'influence exercée par la politique dans la nomination des commissions¹ ; aussi suffit-il de renvoyer à ce que nous en avons dit plus haut, dans les chapitres : « le Parlement », « Bureaux ministériels ». Nous rappelons simplement que, lorsqu'elle intervient, elle en vicie le fonctionnement et elle en anéantit tous les travaux. C'est elle qui explique souvent que nos commissions contiennent des inutiles, des incapables.

Tout projet technique, avons-nous dit, suppose des études longues et fort difficiles ; le temps nécessaire à sa rédaction est, en tous cas, supérieur à la vie d'un Ministère². Or ce qui choque, dans notre régime politique, c'est le manque de continuité qui s'y manifeste ; à chaque changement, de nouvelles commissions sont nommées, poursuivant souvent le même but ; ou bien les anciens travaux sont abandonnés, rendant ainsi le labeur accompli inutile.

De telles conséquences sont des plus attristantes ; toute revision de nos codes nous paraît, en effet, impossible sans une modification de ce système. Pour permettre à une commission de travailler sérieusement, il faut lui assurer la continuité dans le labeur et l'indépendance absolue de ses membres ; tout travail législatif doit être poussé d'un seul jet et sans discontinuité. Les auteurs sont tous d'accord là-dessus.

1. Certains vont jusqu'à demander que le Gouvernement renonce à ses prérogatives dans le recrutement des commissions, et délègue ce soin aux corps judiciaires et au corps enseignant, v. Thaller, rapport présenté sur la question de révision du Code civil, *Bull. Soc. Ét. Lég.*, p. 502; V. aussi A. Colmo, La reforma del Código Civil, de la Revista del Código Civil, anno 1, num. 1, 1928, v. 9-10.

2. On se rappelle que les travaux préparatoires du B. G. B. durèrent 22 ans.

Pussort déjà déclarait qu' « il serait à propos que les membres des commissions, appelés à rédiger les ordonnances, quittassent tout autre emploi, toutes les occasions d'affaires qui pourraient les détourner, afin qu'appliqués entièrement à ce nouveau travail, ils puissent en finir au plus tôt ¹ ».

On constate communément aujourd'hui que les différentes commissions « ont la compétence mais pas le temps nécessaire ² » ; c'est ce qui explique la lenteur avec laquelle elles travaillent ; de là aussi, en grande partie, les défauts qui déparent leurs travaux : le même texte garde souvent « la trace des états d'esprit différents des hommes qui les ont combinés ³ ».

Pour obtenir l'unité de fonds et de forme nécessaire, il faut que les membres des commissions chargées de la rédaction des projets importants soient défrayés par ailleurs de leurs occupations habituelles. Ici encore, nous ne pouvons nous empêcher de constater la supériorité d'une commission permanente dont les membres n'auraient d'autre occupation que d'assurer la rédaction des projets qui leur seraient confiés ; car, « la rédaction, l'élaboration d'une loi exigent... non une partie du temps, mais le temps tout entier du rédacteur. Une besogne aussi ardue, aussi sérieuse, ne doit pas être imposée comme un surcroît de charge ⁴ ».

Nous avons ainsi terminé avec les conditions nécessaires à la bonne composition d'une commission. Mais avant d'aller plus loin, nous croyons utile d'indiquer que le ministre de la justice doit prendre une part active à leurs travaux les plus importants ; c'est à lui d'indiquer les principes directeurs devant servir de base au nouveau

1. Pussort, *Mémoires*, p. 447.

2. Fabreguettes, *La logique judiciaire*, p. 40 : « Le magistrat ne peut pas désertier son audience, ni le professeur sa chaire, ni l'avocat ses dossiers. Les séances s'espacent, les mois s'écoulent : les plus assidus se découragent et l'œuvre reste en souffrance ».

3. Henri Chardon, *L'administration de la France*, p. 76.

4. Discours Savart, à l'occasion de la discussion sur « le Comité de législation », *Annales parlementaires de Belgique*, Débats Sénat, séance du 16 mars 1857, 1856-1857, p. 95.

projet ; il doit en surveiller l'application¹. Sa collaboration à l'œuvre de la commission assurera à cette dernière plus d'autorité ; elle permettra au ministre de mieux connaître le projet qu'il aura, le cas échéant, à défendre devant les Chambres.

La nécessité de faire intervenir le ministre aux travaux plus importants a toujours été ressentie. Il serait facile de citer un grand nombre d'exemples ; nous nous contenterons cependant de rappeler que le dernier président de la deuxième commission, lors de la rédaction du B. G. B., fut Kuntzel, secrétaire d'Etat à la Justice².

Tels sont les différents éléments qui prennent part au travail de la commission : techniciens, praticiens, non-juristes, hommes politiques, enfin ministre de la justice lui-même, tous contribuent au succès commun. Mais pour y atteindre, un problème complexe demande à être résolu : c'est celui de la méthode qu'on devra suivre.

40. La question de méthode, du plan à suivre dans le travail, est une des plus importantes ; c'est d'elle que dépendra pour beaucoup la valeur du travail accompli. Elle varie de commission à commission, puisque chacune a le droit d'établir sa propre procédure ; aussi sera-t-il peut-être assez difficile de dégager quelques points communs.

L'histoire prouve que ces questions ont toujours préoccupé ceux qui étaient chargés de la rédaction des lois ; nous savons, en effet, que le Conseil des Cinq-Cents avait chargé une commission³ de lui présenter un rapport « sur une série de questions... pour parvenir à une

1. Certains croient que la direction du Gouvernement doit se faire sentir dans les commissions, afin qu'elles ne s'engourdissent pas d'une douce somnolence » (Glasson, La codification en Europe au XIX^e siècle, *Revue pol. et parl.*, 1895, p. 227).

2. V. aussi quant au besoin de l'intervention du ministre de la Justice aux travaux de codification, le compte rendu du Recteur Fierich, *op. cit.* ; de même en Italie une commission royale qui fut créée par le décret royal du 3 juin 1924 pour la réforme des Codes est placée sous la présidence du ministre de la Justice ; pour le Brésil, la commission chargée de réviser le projet de Code civil était présidée par M. Epitacio Pessoa, ministre de la Justice (Bevilacqua, *op. cit.*).

3. Commission de classification des lois.

discussion méthodique et prompte de ce Code¹ ». Il en fut de même pour le Code civil allemand : l'avant-commission, dans son avis du 15 avril 1874, étudiait, parmi d'autres questions, aussi celle de savoir si on devait travailler séparément ou en commun².

Aujourd'hui encore on reconnaît que pour assurer la réussite d'une codification ou la révision d'une loi plus importante, il faut commencer par choisir une bonne méthode de travail³ ; d'elle dépendra pour beaucoup la lenteur ou la rapidité avec laquelle elles seront exécutées : c'est ainsi que les retards de la première commission du B. G. B. s'expliquent en grande partie par la méthode qui servit de base à ses travaux⁴.

Pour être bonne, elle doit assurer la rapidité dans les travaux, la clarté dans la discussion ; elle doit limiter celle-ci à un petit nombre de personnes ; elle doit surtout savoir détacher l'idée générale du reste du projet, afin de permettre de la mieux étudier.

41. Mais quelque bonne que soit la méthode de travail à suivre, sa valeur dépendra en dernier lieu de la qualité de ceux qui l'appliquent ; aussi, pour obtenir de bons résultats, il faut qu'une commission comprenne des éléments qui soient à la hauteur de leur tâche ; il faut que ses membres soient élus en dehors des considérations politiques et conservent une indépendance suffisante vis-à-vis des influences du dehors. Ce n'est qu'ainsi

1. V. Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil français*, t. I : Sur la confection du Code civil, Nécessité d'un plan préalable, p. LIII.

2. Cette commission de 5 membres (norkommission) avait été chargée (le 28 février 1874) par le Conseil fédéral, de fixer le plan du futur Code civil et sa méthode de travail. La question de la méthode à suivre dans le travail préoccupa aussi la 1^{re} Commission de rédaction dans sa première session du 17-29 septembre 1874. V. Bufnoir, communication sur les travaux préparatoires d'un Code civil pour l'Empire allemand, *Bull. Soc. Légis. comp.*, 1880, p. 425.

3. Capitant, *Les transformations du droit civil depuis cinquante ans*, op. cit., p. 79.

4. Parlant des travaux de cette commission, Endemann nous rappelle que « lorsqu'après sept ans la commission se réunit en 1881... chaque rédacteur avait poursuivi son propre chemin et sa méthode à lui... » Aussi « la commission avait besoin de six autres années pour achever son projet... » (Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, p. 19).

qu'elle pourra assurer avec succès sa collaboration à l'œuvre législative.

Si nous examinons les faits, nous devons constater que cet idéal n'a pas encore été atteint. La politique intervient encore trop souvent dans la nomination des commissions ; celles-ci n'ont pas l'indépendance suffisante à leurs travaux. De là, les conséquences déplorables dont nous avons souvent parlé ; sans doute, quelques projets remarquables sont rédigés encore de temps à autre, mais dans la majorité des cas, leurs qualités ne cèdent en rien à ceux du Parlement.

Des critiques sévères s'élèvent de toute part ; on exige des changements dans ce système ; on veut donner plus d'indépendance et de stabilité à ces commissions. Pour cela, on demande la création d'un Conseil législatif permanent. C'est ce que nous verrons en abordant le chapitre suivant.

CHAPITRE IV

LE CONSEIL LÉGISLATIF

42. Il apparaîtra audacieux d'étudier en un seul chapitre l'ensemble des problèmes de technicologie législative que pose notre sujet : des volumes entiers n'y suffiraient sans doute pas. Cependant, si nous avons cru utile d'aborder cette question dans ce chapitre de technique externe, c'est qu'elle nous a paru d'une importance de plus en plus grandissante pour notre travail.

Comment en effet étudier la technique législative en matière de droit civil, sans dire un mot du Conseil d'Etat, de son perfectionnement, de son avenir ... Alors surtout que l'unanimité des auteurs est d'accord pour demander son intervention, lorsqu'il s'agit de lois techniques.

Nous avons intitulé ce chapitre « Conseil législatif », pour bien marquer que seule la fonction législative du Conseil d'Etat nous intéressait ¹.

La nécessité d'aider les Chambres dans la rédaction des lois techniques a été depuis toujours remarquée ; nous l'avons dit lorsque nous avons parlé du Parlement, et nous y avons alors indiqué les motifs. Ce qui a seul pu donner lieu à discussions, c'est la façon dont il fallait organiser cette aide. Certains ont demandé la création, auprès des Chambres, de conseils techniques élus par celles-ci. D'autres ont cru voir une aide suffisante dans l'intervention du Gouvernement avec ses bureaux et commissions spéciales.

1. Ce terme a été employé pour la première fois dans le projet de la « Conférence du barreau de Bruxelles ».

Nous avons dit, dans les chapitres précédents, ce qu'il fallait penser de ces différents systèmes et combien supérieure leur était l'existence d'un organe permanent ¹.

Il en fut de même lorsque nous avons étudié, dans le chapitre « Bureaux ministériels », la façon dont étaient rédigées les lois dans les bureaux et commissions spéciales. Ici encore, nous avons conclu à la nécessité de faire intervenir plus souvent le Conseil législatif dans la rédaction des projets ².

Enfin, dans le chapitre précédent, où nous avons traité « Des commissions », nous avons vu que l'un des caractères nécessaires à leur bon fonctionnement est d'être permanentes, à l'abri des influences politiques. Or, seul le Conseil législatif, par son caractère stable, assure ce besoin ; lui seul maintient l'unité dans la rédaction des lois, quant à la forme et quant au fond.

Aussi, telle était la conclusion à laquelle nous étions arrivés : le rôle du Conseil législatif doit être de plus en plus grand ; il doit collaborer à l'œuvre du Parlement et à celle du Gouvernement ; il doit enfin remplacer la plupart des commissions techniques spéciales d'aujourd'hui.

I. — *Nécessité d'un tel Conseil*

43. Avant d'aller plus loin, essayons d'examiner, d'une façon plus approfondie, *l'intérêt que présente cette intervention*. Pour bien comprendre la nécessité du Conseil législatif, il faut se rappeler que tout Code présente un

1. Chavegrin, préface aux *Constitutions modernes* de Joseph Delpéch et Julien Laferrière, 1928: l'auteur constate aussi que, pour obtenir une bonne technique des lois, « le moyen le meilleur est, selon beaucoup de personnes, la création d'un organe technique établi à côté des Chambres et qu'elles devront, au moins en principe, consulter avant le vote des lois » (p. XXVII); v. aussi Giraud, *La crise de la démocratie*, 1925, p. 40, p. 213 et s.; Ladislav van Hoorebeke, *La réforme parlementaire*, 1929, p. 47-48, p. 78-80.

2. Il en est de même si l'on compare le Conseil législatif aux Conseils permanents siégeant près des différents ministères. Ici encore la supériorité du Conseil législatif est manifeste : lui seul peut avoir une vue générale sur la législation. Voir discours de l'ancien ministre de la Justice roumaine G. Mărzescu, à l'occasion de la discussion du projet du « Conseil législatif ». Débats à la Chambre Nationale Constituante des Députés, 16 février 1925 *Monitorul Oficial*, 1925, p. 1551, col. 1.

système unitaire, ses différents chapitres forment un seul tout ; aussi la révision de cet ensemble serait impossible, si on la confiait à des commissions spéciales. Non seulement un tel travail serait trop lent, mais l'unité et l'uniformité en seraient rompues.

De plus, un travail d'une telle envergure suppose des études approfondies et d'amples informations ; il nécessite la continuité, choses qu'on ne peut trouver que dans un Conseil permanent. Aussi l'unanimité des auteurs est d'accord pour reconnaître l'impossibilité de reviser nos Codes sans la présence d'un Conseil législatif ¹.

Ces questions d'organisation, de fonctionnement, présentent ainsi un intérêt d'actualité, puisqu'elles sont profondément liées à des problèmes de revision, de codification de nos lois.

La fonction du Conseil législatif ne doit pas se résoudre à codifier les lois existantes ; elle doit aussi et surtout préparer les lois nouvelles ..., assurer leur conformité entre elles et avec tout leur passé législatif ². Elle doit « faire naître et maintenir l'unité d'esprit et de système, l'homogénéité de principe et d'action dans les différentes branches du pouvoir législatif ³ ».

Pour cela, il ne suffit pas de bien rédiger les projets ; il faut encore les défendre devant le Parlement. Bien plus, il faut veiller sur son œuvre, indiquer aux pouvoirs compétents les détériorations intervenues et les améliorations à y apporter.

Telle est la tâche élevée qui incombe à notre Conseil : assurer l'unité de la loi quant à elle-même et quant au

1. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908 ; V. aussi Hubert Valleroux, *Le Code civil et son centenaire*, Société d'Economie sociale, séance du 18 avril 1904, *La Réforme sociale*, 1904, p. 873, qui constate l'impossibilité pour le Parlement ou le Conseil d'Etat d'aujourd'hui, d'entreprendre la refonte du Code civil.

2. Certains demandent l'intervention du Conseil d'Etat après le vote des lois, pour assurer cette coordination. V. en ce sens, proposition de MM. P. Escudier, Leirolle, etc., Doc. parl., Chambre, 1911, annexe n° 1006, p. 526.

3. Rapport de M. le ministre de la Justice Masson, à la commission de révision de la Constitution belge, XXXII, art. 26, 105, 106, Chambre des Représentants, 1923 ; v. aussi Picard, *Pandectes belges*, t. VI, p. LXIX.

système législatif ; en écarter les vices de rédaction, de forme et de fond, qui déparent si souvent les projets techniques ; préparer les travaux d'avenir, par des études approfondies et une meilleure information.

Il faciliterait par là le fonctionnement de nos Parlements et améliorerait leur production législative ; il collaborerait à l'œuvre du Gouvernement et remplacerait avec succès les commissions spéciales. Aussi, la participation de ce Conseil à l'œuvre législative paraît de plus en plus nécessaire.

De tout temps et dans tous les pays, on demande son intervention, afin de rendre les lois « moins imparfaites » et « moins incohérentes ». Il existe cependant des voix en sens contraire ; certains soutiennent encore son inutilité¹ ; la rédaction d'une loi, disent-ils, suppose un ensemble de connaissances ; elle pose souvent des problèmes très compliqués de jurisprudence et de droit comparé. Or, un Conseil d'Etat ne contient qu'un nombre réduit de techniciens ; ceux-ci peuvent apprendre à bien rédiger les lois, mais « c'est le petit côté de la question ». L'important est qu'ils soient au courant de la législation existante, des besoins et intérêts ; les conseillers ne doivent pas seulement former « un cénacle de grammairiens² ». Ils doivent connaître les langues étrangères, pour pouvoir se servir de tout le matériel de droit comparé que la vie met à leur disposition.

On invoque donc l'incompétence des conseillers³ pour soutenir la supériorité des commissions spéciales⁴.

Il y a ici une confusion qui doit d'abord être écartée ; nous ne prétendons sans doute pas que le Conseil législatif puisse comprendre dans son sein des personnes suffisamment compétentes pour toutes les questions qui vien-

1. Firmin Vanden Bossch, Contre l'institution du Conseil d'Etat législatif. Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de la Conférence française du Jeune Barreau de Gand, 4 novembre 1890 ; v. aussi discours du ministre de la Justice belge, *Annales parlementaires de Belgique*, 1856-1857, p. 103.

2. F. Vanden Bossch, *op. cit.*, p. 19.

3. Qui ne peuvent être des « Encyclopédies vivantes », *op. cit.*, p. 20.

4. « Nous n'hésitons pas à dire que le système des commissions spéciales, composées à propos de chaque loi et informant le Parlement de première main, est cent fois supérieur au système du Conseil d'Etat » (*ibid.*, p. 20).

draient à se poser : la vie, avec sa complexité toujours mouvante, crée à chaque instant des besoins nouveaux ; il est souvent difficile de les suivre et de les connaître complètement.

Mais on comprendra ici encore facilement la supériorité d'un organe permanent unique, sur des commissions spéciales et multiples ; par son esprit de continuité, par ses études suivies, il acquiert sur la législation une vue d'ensemble que ne peuvent pas avoir ceux qui ne sont chargés que de l'étude d'une seule question ; l'information et la conception de ces derniers est indubitablement trop unilatérale.

C'est cette vue d'ensemble qui constitue le très grand avantage du Conseil législatif : c'est elle qui permet d'assurer l'unité du système juridique¹ ; quant aux questions de spécialité qui viendraient à se poser, on peut toujours les résoudre par l'adjonction de compétences venues du dehors.

Nous verrons plus tard, quand nous parlerons de la composition du Conseil législatif, que, lors des travaux importants, on a toujours adjoint aux conseillers ordinaires, des conseillers extraordinaires ; ils y jouent le même rôle que les compétences des commissions spéciales, mais le résultat de leur travail est plus efficace, à cause de la permanence du Conseil auquel ils collaborent. Aussi leur nombre ne doit-il pas être de beaucoup supérieur à celui des conseillers ordinaires qui seuls assurent cette permanence.

Et qu'on ne dise pas que la rédaction proprement dite de la loi soit « le petit côté de la question » ; nous avons déjà vu, dans nos premiers chapitres, combien difficile il était souvent d'exprimer en des formules claires et précises, les besoins toujours nouveaux de la vie ; que d'erreurs et de retards il en résultait. Aussi nous semble-t-il que, même si ce Conseil n'assurait que plus d'uniformité,

1. V. quant à l'importance de cette vue d'ensemble, prof. Dr Kleinfeller, *Gesetz und Sprache* : l'auteur voit dans son absence le principal motif de la mauvaise rédaction de nos lois, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, t. VI, 1912-1913, p. 269.

mité et de sécurité dans le langage, l'avantage serait suffisamment grand pour le rechercher ¹.

44. Ces arguments d'incompétence écartés, on ² en a invoqué d'autres ; on a dit que ce Conseil pouvait entrer en lutte avec le pouvoir législatif ³, qu'il pouvait constituer une atteinte aux pouvoirs des ministres ⁴ ; qu'il serait alors « non pas un auxiliaire, mais une entrave ⁵ ».

Il serait sans doute très intéressant d'examiner ces arguments d'une façon plus approfondie, mais cela nous conduirait trop loin. Disons simplement que ces craintes nous paraissent chimériques ; même obligatoire, l'avis du Conseil législatif est purement consultatif ⁶ ; il est purement technique et ne peut porter sur le caractère politique, sur l'opportunité de la loi. Nous ne voyons pas en quoi il pourrait porter atteinte aux droits du Parlement ; le droit d'initiative de ce dernier demeurerait entier. Le rôle d'un Conseil législatif ne serait que « celui d'un guide n'ayant d'autre autorité que la lumière et l'expérience ⁷ ». Il ne peut donc, quoiqu'on

1. « La rédaction devrait être le soin principal du facteur législatif ; car chaque loi est en même temps un monument du langage. Prof. G. Klein-feller, Gesetzgebung und Rechtsprechung, *Archiv für Rechts und Wirthschaftsphilosophie*, t. I, 1907-1908, p. 208 ; Picard, *op. cit.*, p. LXX.

2. F. Vanden Bossch, *op. cit.*, p. 25 ; v. aussi p. 26-27 ; v. même sens : discours du ministre de la Justice sur le Comité de législation, tenu le 15 mars 1857, *Annales parl. de Belgique*, Débats Sénat, 1856-1857, p. 103.

3. La permanence du Conseil le prédispose à cela. Aussi doit-il se limiter à un rôle purement consultatif.

4. D'ailleurs, les ministres de la Justice ne craignent pas trop la tutelle du Conseil d'Etat. Tout en ne l'employant jamais, ils déplorent sa faible participation aux travaux. C'est ce que constate aussi Henri Chardon, *L'administration de la France* : « J'ai vu passer... vingt et un ministres ; je n'ai pas souvenance qu'un seul ait omis de déplorer notre faible participation à l'œuvre législative, et de promettre qu'il tâcherait de nous y associer complètement » (p. 398). L'auteur ajoute qu'il n'en fut jamais rien ; V. aussi Rapport du ministre de la Justice Cruppi sur le « Comité consultatif de législation » publié dans le *Journal officiel*, 11 octobre 1911, p. 8138 : le ministre constate qu'en créant ce comité, on n'a amoindrit pas « la part qui doit revenir dans la préparation des lois et des règlements à la section de législation du Conseil d'Etat » ; et il ajoute : « ce sera répondre aux vœux du Parlement et de l'opinion publique que de faire appel le plus souvent possible aux lumières... de cette haute assemblée ».

5. V. discours ministre belge, *op. cit.*, p. 103 ; v. sens contraire, Jacquelin, *Cours de droit administratif*, 1927-1928, p. 21.

6. V. dans le même sens Jacquelin, *Cours de droit administratif*, 1927-1928, p. 21.

7. Vivien, Rapport fait au nom de la commission chargée de préparer un projet de loi sur le Conseil d'Etat, par le citoyen Vivien. Assemblée Nationale, séance du 10 janvier 1849, *Journal universel*, janvier-mars 1849

en ait dit, jamais entrer en lutte avec le pouvoir législatif. S'il l'éclaire, s'il collabore à son travail, il conserve néanmoins son caractère purement technique et subordonné ; si, en fait, ses projets mieux étudiés que ceux d'aujourd'hui s'imposaient par leur autorité plus facilement, cela ne pourrait que réjouir ceux qui constatent l'insuffisance du Parlement. Mais, le droit du pouvoir législatif demeure entier, sans qu'on puisse y porter quelque atteinte que ce soit.

Quant au pouvoir des ministres, le Conseil législatif ne peut apporter aucun ombrage ; sa fonction ici encore est purement de rédaction. Il appartient au ministre responsable d'indiquer les principes à suivre et d'en surveiller l'application. Celui-ci n'est d'ailleurs pas obligé à donner suite à son projet : sa liberté demeure entière. L'intervention du Conseil législatif rehausserait l'initiative gouvernementale et lui redonnerait l'autorité dont elle a besoin ; elle serait de beaucoup supérieure à celle des commissions spéciales dont nous avons parlé au chapitre précédent.

Sans doute, un Conseil législatif est à l'abri des fluctuations politiques ; il jouit d'une indépendance et d'une continuité suffisantes. C'est en cela que consiste sa supériorité sur les commissions permanentes créées près du Ministère de la justice.

Mais cette indépendance ne constitue pas un danger pour le ministre ; elle le sert au contraire, puisque, grâce à elle, le Conseil pourra mieux accomplir son rôle consultatif. Bien plus, le ministre de la justice est appelé à prendre une part active aux travaux plus importants du Conseil : il y exprime les vues du Gouvernement et en augmente l'autorité ; il apprend à mieux connaître les projets qu'il devra soutenir plus tard devant les Chambres ; il pourra d'ailleurs y être aidé par des membres du Conseil, détachés auprès de lui en séance. Ce

p. 168, col. 1 ; Savart, Discours prononcé à l'occasion de la discussion du projet de Conseil de législation, *Annales parlementaires de Belgique*, Débats Sénat, séance du 16 mars 1857; 1856-1857, p. 96.

n'est que par cette collaboration commune qu'on pourra assurer une meilleure rédaction des projets.

Il nous semble avoir suffisamment dit, pour comprendre l'intérêt que présenterait dans l'avenir l'intervention plus régulière d'un Conseil législatif : collaborateur du Gouvernement et du Parlement, il les défrayerait de la préparation des lois techniques ; il faciliterait leur fonctionnement et assurerait un meilleur rendement dans leur travail.

Quant à la rédaction des lois, elle ne pourrait qu'en profiter : nous avons déjà trop parlé de l'incompétence de ceux qui en sont chargés aujourd'hui, pour y revenir. Qu'il nous suffise simplement de dire qu'on ne pourra avoir de bonnes lois, sans l'intervention de techniciens dans leur rédaction. Car, « étudier d'une manière approfondie les mouvements des usages et de la jurisprudence, les résultats effectifs des législations étrangères, réunir et interpréter les données de la statistique, c'est un travail trop profondément scientifique et technique ¹ ».

Cette intervention des techniciens peut se manifester plus amplement dans le Conseil législatif : elle y est plus unitaire, plus continue, plus indépendante que dans les commissions spéciales. C'est ce qui explique que dans tous les pays, presque l'unanimité des auteurs demande la création d'un Conseil législatif ². De là aussi, les nom-

1. Cruet : *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908, l'auteur constate cependant qu'« il est impossible de « centraliser » d'une manière absolue la préparation des lois, car elles soulèvent les questions les plus complexes et pour chacune d'elles, il y a lieu de mettre en jeu un faisceau de compétences spéciales ». Nous sommes tout à fait d'accord là-dessus ; nous verrons seulement que ces difficultés peuvent être écartées par la présence dans le Conseil d'Etat de membres non-permanents.

2. V. note, p. 122 ; V. aussi auteurs déjà souvent cités : Picard, *Pandectes belges*, *op. cit.*, p. LXIV ; Savart, discours Sénat belge, *op. cit.* ; Palade, Rapport au projet de Conseil législatif déposé au Sénat roumain, 1898, *op. cit.* ; Aucoc, *Bull. Soc. Legis. comp.*, 1874, p. 379 ; Varaynac, article sur le Conseil d'Etat, *Revue des Deux-Mondes*, 1892, p. 318, p. 772 ; E. Tarbouriech, *Du Conseil d'Etat comme organe législatif*, 1894 ; Albert van Zuylen, De l'institution du Conseil d'Etat en Belgique, *La Belgique judiciaire*, 5 février 1880 ; Percerou, A propos du livre d'Alvarez, *Rev. critique du droit et de juris.*, 1905, p. 112 ; Henry Leyret, *Le Gouvernement et le Parlement*, thèse, 1919, p. 93 ; Larcher, *Etude de Droit constitutionnel, L'initiative parlementaire*, 1896, p. 269 et s., p. 290 ; Fabreguettes, *La logique judiciaire*, 1926, p. 42 ; Henri Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, préface à la 10^e éd., p. XXVII ; Larnaudé, *L'Inconstitutionnalité des lois*, p. 41 ; Jacquelin, *Cours de droit administra-*

breux essais faits pour l'instaurer dans les différents pays. C'est ce que nous nous proposons d'examiner maintenant.

II. — Son existence dans les différents pays.

45. Nous ne ferons sans doute pas un historiqué trop approfondi de la question : cela nous conduirait trop loin, sans présenter une trop grande utilité pour notre sujet. Ce que nous voulons montrer, c'est combien ce problème a constamment préoccupé, dans tous les pays, l'ensemble des juristes.

On a ressenti depuis toujours la nécessité d'avoir un Conseil permanent et restreint à quelques membres, pour collaborer à la rédaction des lois. Sans parler des essais faits en ce sens à Rome¹, qu'il nous suffise de rappeler le rôle joué sous la royauté par le Conseil d'Etat dans la rédaction des ordonnances². Ce Conseil, qui présentait des caractères différents de celui d'aujourd'hui, fut supprimé en 1791. Pour peu de temps d'ailleurs, puisqu'il fut rétabli par la Constitution du 22 frimaire, an VIII³. Le nom était resté le même, mais la fonction était profondément modifiée ; à la place d'un organe du gouvernement, d'un conseil du Roi, nous trouvons un Comité restreint chargé de la rédaction des projets ; « ce n'est pas tant au *pouvoir exécutif* qu'il se rattache, qu'au *pouvoir législatif*⁴ ». Le Conseil remplit

lif, 1927-1928, p. 19-20; Speyer, *op. cit.*, p. 120; Giuseppe Salvioli, Introduction au livre de Cosentini, *La réforme de la législation civile*, p. 4; Standaert, discours prononcé à la Chambre des Représentants, *Annales parlementaires*, séance du mercredi 18 mai 1927, p. 1504; J. Barthélemy, *Le problème de la compétence dans la démocratie*, p. 94 et s.

1. Cette institution fut créée par Auguste et recrée par Adrien (Amédée Thierry, *Mémoires sur l'Administration centrale sous l'Empire romain*, *Rev. de légis. et de juris.*, 1843, t. XVIII, p. 257-701); Albert van Zuylen, De l'institution du Conseil d'Etat en Belgique *La Belgique judiciaire*, 5 février 1880.

2. V. Olivier Martin, *Cours d'Histoire de Droit public*, 1925-1926; ce conseil appelé « conseil de justice » fut institué à la suite d'un Mémoire adressé par Colbert à Louis XIV, le 15 mai 1665. V. là-dessus, M. Guillemet, *La procédure parlementaire et les codifications*, thèse Paris, 1903, p. 51.

3. Et le règlement du 5 nivôse qui en a réglementé l'organisation.

4. H. Berthélemy, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 1926, p. 150; Jacquelin, *Cours de droit administratif*, 1927-1928, p. 21.

encore certaines attributions administratives, « mais cette partie de sa tâche est effacée par l'autre ; cette autre consiste à préparer les projets de loi, à les faire défendre devant le Corps législatif ¹ ».

Telles étaient les attributions du nouveau Conseil d'Etat ; quant à la façon dont il les a remplies, sous le Consulat et l'Empire, on en a déjà trop parlé pour que nous nous y arrêtions encore ; qu'il nous suffise de dire que c'est à l'organisation de ce Conseil qu'est due pour beaucoup la rapidité avec laquelle furent préparés les différents projets de Code.

Mais un changement profond devait intervenir à partir de 1872 : le Conseil d'Etat, tout en conservant son ancienne organisation, devient de plus en plus un Tribunal administratif ; sa collaboration à la rédaction des projets de loi est « rare » et « accidentelle ». C'est ce que déplorent tous ceux qui connaissent la façon dont sont rédigées nos lois. Tous exigent que l'on restitue au Conseil d'Etat « un rôle primordial qu'il a possédé autrefois et qu'il n'aurait jamais dû perdre, de Conseil du gouvernement ² ».

Ils demandent la modification de l'ancienne composition du Conseil ³ et l'adjonction de nouvelles compétences. Les projets sont nombreux en ce sens : qu'il nous suffise de citer, à quarante années d'intervalle, le projet *Floquet* ⁴ et le projet *Louis Marin* ⁵. Nous étu-

1. H. Berthélemy, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 1926, p. 150; Jacquelin *op. cit.*

2. Jacquelin, *op. cit.*, p. 19.

3. Le Conseil d'Etat a quatre sections, dont une de législation, de justice et des affaires étrangères. Elle est composée de « cinq conseillers et un président ». H. Berthélemy, *op. cit.*, p. 150; v. aussi Jacquelin, *op. cit.*, qui constate que « le Conseil d'Etat reste aujourd'hui composé à peu près pour moitié d'anciens préfets retraités... et, pour l'autre moitié, de conseillers de carrière, dont une large part ne connaît autre chose que le contentieux administratif... » (p. 36).

4. Déposant son projet, Floquet insistait (15 octobre 1888) sur le besoin qu'il y avait à ce que « la volonté du législateur soit complètement éclairée au milieu de tant d'intérêts quelquefois contradictoires, qui sollicitent son attention et réclament son intervention ». Aussi demandait-il de créer autour du Parlement des conseils techniques semblables au Conseil d'Etat de 1848, supprimé en 1851, *Annales de la Chambre des Députés*, Débats, session extra-parlementaire, 1888, p. 7, séance du 15 octobre 1888.

5. Louis Marin, Proposition de loi tendant à modifier la composition

dierons plus loin, lorsque nous parlerons de la composition du Conseil d'Etat, la teneur de ces projets. Ce qu'il importe de noter ici c'est la façon dont cette question a toujours préoccupé, non seulement les juristes, mais l'ensemble des hommes politiques français.

Si nous examinons maintenant les essais faits à l'étranger, qu'il nous suffise de rappeler, pour l'Angleterre, les paroles si saisissantes de Stuart Mill¹ : « Tout Gouvernement, fait pour un degré élevé de civilisation, devrait avoir parmi ses éléments fondamentaux, un corps dont les membres n'excéderaient pas en nombre ceux d'un cabinet, et dont la charge spéciale serait de faire des lois... La commission qui accomplirait cette tâche devrait subsister comme institution permanente pour veiller sur son œuvre, en prévenir la détérioration et y faire des améliorations qui deviendraient nécessaires. » On y voit déjà tout ébauché le plan d'un Conseil législatif.

46. Sans doute, un organe similaire au Conseil d'Etat français n'a jamais existé en Angleterre ; cela a même permis à certains auteurs² d'affirmer la supériorité des lois françaises sur les bills anglais. Mais si un Conseil d'Etat n'a jamais existé en Angleterre, nous y trouvons cependant un organe très rapprochant : nous avons déjà parlé de l'office du « Parliamentary Counsel of the Treasury » ; des nombreux essais pour l'instituer avaient été faits au commencement et au milieu du siècle dernier. Ils n'eurent pas un très grand succès ; ce n'est qu'en 1869 que l'office fut créé d'une façon stable : depuis alors, l'intervention de ce Conseil dans la rédaction des projets gouvernementaux (Public bills) fut des plus importantes. Nous avons vu dans les chapitres précé-

et l'organisation du Conseil d'Etat, annexe n° 222, séance du 23 janvier 1920, Doc. parl., Chambre, 1920, p. 106, col. 2.

1. Stuart Mill, *Le Gouvernement représentatif*, traduit par Dupont-White, Paris, 1862, p. 120.

2. Boutmy, *Psychologie politique du peuple anglais au XIX^e siècle*, 1901, p. 249.

dents la façon dont il fonctionne : composé de techniciens, il est dirigé par un fonctionnaire permanent. Réunissant les matériaux, et rédigeant les projets qui lui sont envoyés, il assure l'unité de forme et de fond entre eux. Il aide enfin le ministre à les soutenir devant le Parlement.

Sans nous arrêter à nouveau sur toutes ces questions, nous nous contentons de constater, après d'autres, que « c'est juste au moment où la France a pratiquement renoncé à la collaboration du Conseil d'Etat dans l'œuvre législative, que les Anglais ont organisé leur « Parliamentary Counsel Office » dont les attributions rappellent singulièrement celles assignées au Conseil d'Etat français par l'article 8 de la loi du 24 mai 1872 ». Tel est le système anglais.

47. Quant à la *Belgique*, son histoire nous offre les exemples les plus nombreux d'essais faits en ce sens : c'est là que, pour la première fois, devait apparaître l'appellation de « Comité de législation ¹ », puis celle même de « Conseil de législation ² ».

Dès 1832 ³, à propos d'un projet de caractère différent ⁴, on demanda au Sénat la création d'un Conseil d'Etat. Ce projet fut repris, deux ans plus tard, par le comte Val de Beaulieu : le Sénat nomma alors une commission et la chargea de son étude ⁵. « De l'idée de la commission et de son rapporteur, le Conseil d'Etat devait être un corps permanent, composé d'hommes probes et savants, d'hommes spéciaux et laborieux, qui, dans le silence du cabinet, étrangers à tous partis et à tout entraînement politique, s'occuperaient de la préparation des travaux que le Gouvernement voudrait soumettre

1. Nous trouvons ce titre employé dans le projet voté par le Sénat en 1857.

2. Employée par le projet de la Conférence du Barreau de Bruxelles.

3. 23 mai 1832.

4. Loi relative à la création d'un Conseil des mines.

5. 13 mars 1834.

aux Chambres, des règlements d'administration publique¹... »

Voilà donc les attributions du Conseil législatif presque déterminées. Le projet, voté au Sénat, sommeilla à la Chambre jusqu'en 1844, date à laquelle il fut repoussé comme n'étant « ni utile, ni nécessaire ». Ce n'est qu'en 1857 qu'un nouvel essai fut tenté au Sénat : « on demanda la création d'un « Comité consultatif », chargé d'établir plus d'unité, d'uniformité, entre les différentes lois. A la suite de discussions très intéressantes², le projet fut voté au Sénat, mais « à la dissolution qui survint quelque temps plus tard, la proposition de loi votée par le Sénat fut engloutie dans l'oubli³... »

Tels furent les principaux essais faits au Parlement belge, au siècle dernier ; même en dehors du Parlement, la question fut amplement discutée par les juristes⁴ et par la presse⁵. C'est ce qui explique le projet de « Conseil de législation », préparé en 1880 par la « Conférence du barreau de Bruxelles⁶ ».

Ce projet présente une grande importance pour notre sujet. A côté des anciennes attributions de préparation et de défense des lois, nous y trouvons indiqué, pour la première fois, celle d'« information⁷ ». Cette dernière attribution deviendra de plus en plus importante pour la bonne rédaction des lois. C'est ce que nous verrons plus loin, dans le chapitre suivant.

Avant de conclure avec la Belgique, nous tenons à rappeler que les dispositions légales régissant le Conseil

¹ 1. Firmin Vanden Bossch, Contre l'institution d'un Conseil d'Etat législatif, Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de la Conférence française du Jeune Barreau de Gand, 4 novembre 1840, p. 5.

² 2. V. *Annales parlementaires de Belgique*, Débats Sénat, séance du 16 mars 1857 et s., 1856-1857.

³ 3. Firmin Vanden Bossch, *op. cit.*, p. 8.

⁴ 4. Picard, *op. cit.*, p. LXIX-LXXVI.

⁵ 5. La *Revue du Bien public* publia en août 1888 un avant-projet.

⁶ 6. V. rapport de la commission parlementaire du Barreau de Bruxelles, *Bulletin général des Conférences*, 1879-1880, p. 206.

⁷ 7. L'art. 11 du projet déclare en effet : « Le Conseil adressera annuellement au gouvernement, qui le transmettra aux Chambres, un rapport sommaire sur les lacunes et les imperfections de la législation et sur les moyens d'y remédier ».

législatif belge d'aujourd'hui, sont les arrêtés royaux de 1911¹ et de 1922². Ce dernier a élargi de beaucoup les pouvoirs de l'ancien Conseil : « Désormais, le Conseil législatif pourra, par l'intermédiaire du Ministère de la justice, dont il relève, être saisi de l'examen de toutes les questions et chargé de la préparation de tous les projets de lois... En vue de faciliter son fonctionnement, un comité permanent est institué au sein du Conseil. Il sera en rapports constants avec le Gouvernement ; c'est lui que le Gouvernement saisira des projets et propositions ; c'est à lui que les consultations seront demandées³. »

48. Après notre étude en Angleterre et en Belgique, nous ne dirons que quelques mots de l'*Espagne*. Le système espagnol est intéressant parce que, depuis assez longtemps⁴, nous y trouvons une commission générale de codification, « composée de magistrats et de jurisconsultes éminents⁵. Aussi l'importance de cette commission fut-elle toujours très grande : nous savons déjà quelle fut la tâche importante accordée à cette commission, lors de la rédaction du Code civil, par les lois du 11 mai 1888⁶ et du 3 mai 1889⁷ ; contentons-nous de rappeler qu'elle fut chargée, lors de la rédaction du Code civil, de dresser tous les dix ans, à la suite d'amples informations, des projets de réforme⁸.

1. De M. Carton de Wiart.

2. De M. Masson.

3. Hymans, Discours prononcé à l'occasion de la discussion générale du budget du ministère de la Justice, pour l'exercice de 1927, Chambre des Représentants, séance du mardi 24 mai 1927, *Annales parlementaires belges*, 1927, p. 1540.

4. Cette commission fut créée en 1843 et remaniée en 1856, en 1869 et en 1875. Voir Aucoc, *Note sur le Code civil espagnol*, rapport verbal comptes rendus de l'Ac. des Sc. mor. et pol., 1889, p. 919.

5. Aucoc, *op. cit.*

6. Les Cortès votèrent un projet de bases de 27 paragraphes et chargèrent la section de droit civil de la commission de codification de s'en inspirer dans la rédaction du Code.

7. L'art. 1^{er} de cette loi disait : « Le Gouvernement fera une édition du Code civil avec les amendements et les additions que la section civile de la commission générale de codification jugera nécessaires ou utiles, en tenant compte de la discussion qui a eu lieu dans les deux Chambres » (Aucoc, *op. cit.*, p. 920).

8. « Bien qu'il se soit écoulé plus de trente ans depuis la publication du Code et qu'il ait pu par conséquent intervenir trois révisions, rien n'a été fait, et ce Code est aujourd'hui dans la même forme que celle de sa promul-

49. Nous avons ainsi examiné les principaux essais de création de Conseil législatif, en France, en Angleterre, en Belgique, en Espagne.

Mais c'est surtout après la guerre, dans les pays nouvellement agrandis, qu'apparaît le besoin de créer des Conseils législatifs. La nécessité de réviser les anciens Codes, d'unifier des législations différentes, impose la création de tels organes ; ces travaux de longue haleine ne peuvent, en effet, être confiés à des techniciens travaillant dans des commissions spéciales : celles-ci ne pourraient assurer ni l'unité, ni l'uniformité de l'œuvre.

Aussi nous proposons-nous d'examiner la façon dont ce problème fut solutionné en Serbie, en Pologne, en Roumanie.

En Serbie, nous trouvons un « Conseil permanent de législation », faisant partie de la « section de législation » du Ministère de la justice. Il fut créé en 1919¹ et chargé de la préparation des projets provenant non seulement du Ministère de la justice, mais aussi des autres Ministères². Ce Conseil est divisé en trois sections, dont une de droit civil. A côté de ce Conseil, nous trouvons « le *petit comité* du Conseil permanent de législation³ », composé de trois membres.

En Pologne, la loi du 3 juin 1919 créa « une grande commission de 44 membres, divisée en sections et chargée de rédiger les divers projets de lois⁴ ». Cette commission contient deux sections, dont une de droit civil. « Elle forme un corps autonome qui, s'il est rattaché au Ministère de la justice, l'est surtout pour des raisons d'ordre

gation. » *Bref aperçu de l'évolution du droit privé en Espagne de 1869 à 1919*, par M. Vicente Maria Y. de Rojas, Cinquantenaire de la Soc. légis. comp., t. II, 1923, p. 165.

1. Par le règlement du ministère de la Justice du 14 décembre 1919.

2. V. sur tout cela, prof. Thomas Giovanovitch, *Le travail législatif dans le Royaume des Serbes-Croates et Slovènes*, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1925; prof. Peritch, *De l'unification du droit civil en Yougoslavie*, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1926, p. 479.

3. V. prof. Thomas Giovanovitch, *op. cit.*

4. Babinski, *Communication sur l'état de la codification polonaise*, faite au groupe strasbourgeois de la Soc. lég. comp., *Bull. Soc. légis. comp.*, 1925, p. 246; H. Capitant, *La législation de la Pologne depuis sa libération jusqu'en 1928*, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1928, p. 475.

pratique (budget, dépôt au Parlement des projets élaborés par la commission, etc...) ¹. » Tels sont les deux Conseils nouvellement créés en Serbie et en Pologne : nous voyons qu'ils ne se distinguent que par le degré d'indépendance qui leur est accordé. Nous dirons plus tard quelle est l'importance de ce caractère.

50. Nous arrivons ainsi au Conseil tout dernièrement créé, nous voulons parler du « Conseil législatif roumain ² ». La nécessité d'avoir un Conseil spécial, aidant à la rédaction des lois, a toujours été ressenti en Roumanie ; nous trouvons à l'aube de l'unification de ce pays, un Conseil d'Etat calqué sur le Conseil d'Etat français de 1852.

C'est grâce à ce Conseil, dont l'existence fut d'ailleurs très courte ³, que le Code civil roumain de 1864 fut rédigé en un espace de temps très limité.

Ce Conseil supprimé, la Constitution roumaine de 1866 déclarait, dans son article 130, § 2 : « qu'il pourra être créé une commission permanente, n'ayant d'autres attributions que l'étude et l'élaboration des projets de lois et des règlements d'administration publique ».

De nombreux projets successifs furent déposés au Sénat, en 1885 ⁴, en 1898 ; votés par le Sénat, ils tombèrent ensuite dans l'oubli.

Cette question continuait à préoccuper l'opinion et l'ensemble des juristes du pays ⁵. Après la guerre, la nécessité de codifier, d'unifier des législations différentes, donna naissance à de nouveaux projets de Conseils législatifs ⁶. Un mouvement d'ensemble en faveur d'un

1. Babinski, *op. cit.*, p. 460.

2. Créé par la loi du 25 févr. 1925.

3. Ce Conseil fut créé par la loi du 11 février 1864 et supprimé le 12 juillet 1866.

4. Par un de nos meilleurs juristes et ministres de la Justice, Eugen Stătesco. V. quant à ce projet Eugen Stătesco, Conseil législatif. Exposé de motifs du projet présenté au Sénat roumain dans la session 1885-1886 et voté dans cette même session, Biblioteca Juridica, Craiova, 1919.

5. V. Virgil Gabrielescu, Consiliul legislativ permanent, Craiova, 1922, p. 57-59 ; Ioan C. Filitti, *Originea și menirea consiliului legislativ*, București, 1927, p. 14.

6. V. quant à ces différents projets, V. Gabrielescu, *op. cit.*, p. 49 et s.

corps législatif permanent se dessina parmi les partis politiques et dans la presse juridique ¹. La magistrature elle-même, dans son congrès du 24-25 juin 1921 (à Turnu-Severin), demanda « la création d'urgence d'un Conseil législatif, comme absolument indispensable pour la bonne conception des lois ² ».

La nouvelle Constitution roumaine de mars 1923 répondit à tous ces vœux, en déclarant dans son article 76 : « Il sera institué un Conseil législatif ayant pour but d'aider à la rédaction et à la coordination des lois, émanant soit du pouvoir exécutif, soit de l'initiative parlementaire et des règlements généraux. ... La consultation du Conseil est obligatoire pour tous les projets de loi, excepté pour ceux qui se réfèrent aux crédits budgétaires... Une loi spéciale déterminera l'organisation et la façon de fonctionner du Conseil législatif. »

C'est en se conformant à cet article, que la loi de février 1925 institua le Conseil législatif roumain. Nous étudierons plus tard, au cours de ce chapitre, les différents caractères de ce Conseil ; il suffit de dire, pour le moment, que nous y trouvons réunies les trois attributions plus importantes du Conseil législatif : a') de *rédaction* ; b') de *défense* ; c') d'*information*. De plus, son avis est toujours obligatoire.

Ce Conseil est divisé en trois sections dont une de droit civil.

Les nombreux essais, dont nous avons parlé plus haut, ont ainsi abouti au système le plus complet que nous ayons rencontré jusqu'à présent : la façon dont il fonctionne et dont il assure l'accomplissement de sa tâche présentera un grand intérêt pour notre sujet.

Ces nombreux essais prouvent, tous, l'importance toujours plus grande que présente la bonne solution de notre problème ; rédiger les lois devient un art difficile, il exige de plus en plus la présence de techniciens groupés dans des Conseils législatifs. Eux seuls leur assurent le maximum de compétence et d'autorité.

1. *Ibid.*, p. 60.

2. *Ibid.*, p. 70.

III. — *Caractères et composition.*

51. Préciser les caractères du Conseil législatif, c'est indiquer les qualités nécessaires à son bon fonctionnement. Il importe de rappeler que le Conseil d'Etat d'aujourd'hui a perdu son ancien caractère d'organe de Gouvernement, pour ne conserver que celui d'organe consultatif dans la préparation des lois¹.

Le premier élément à noter est donc son *caractère consultatif* ; de là résulte une conséquence très importante : même obligatoire, l'avis du Conseil législatif ne s'impose pas aux Chambres ni au Gouvernement ; ceux-ci peuvent le suivre ou non suivant leur volonté.

C'est pour cela que nous avons qualifié de « chimériques » les craintes de ceux qui redoutaient la tutelle du Conseil exercée sur les Chambres. La seule autorité de cet organe sera celle qui résultera de la valeur morale et technique attachée à ses projets.

Pour pouvoir répondre à sa tâche, le Conseil législatif *devra faire appel à des techniciens* ; eux seuls assurent, d'une façon suivie, une bonne rédaction des lois.

Tels sont les caractères que nous avons à indiquer tout d'abord : le Conseil législatif est un organe technique et consultatif.

1. Un seul Conseil d'Etat avait conservé son ancien caractère : celui des Pays-Bas. Cela résultait de la place que lui consacrait la Constitution du 11 octobre 1848, section VIII, chap. II : « *Du Conseil d'Etat et des Départements ministériels* ». L'art. 71 déclarait que « les attributions de ce Conseil seront réglées par la loi » ; la loi du 21 décembre 1861 qui intervint en la matière stipulait que : « le Conseil doit être entendu sur tous les projets de lois et règlements d'administration générale ». L'art. 72 de la Constitution ajoutait : « Le Roi soumet à la délibération du Conseil d'Etat toutes les propositions à présenter par lui aux Etats, ou à lui faites par les Etats Généraux... En tête des lois et ordonnances à promulguer, il est mentionné que le Conseil d'Etat a été entendu » (Dareste, *Les Constitutions modernes*, t. I, p. 89). Une loi du 30 novembre 1922, modifiant le chap. II de la Loi fondamentale (n° 642), devait compléter ce système par la création de Conseils permanents consultatifs. Au titre VII du chap. II, on ajoutait les mots : « et des Collèges permanents d'avis et d'assistance ». L'art 34 de la loi plus haut citée ajoutait à la Loi fondamentale, un art. 67bis : « L'institution des collèges permanents d'avis et d'assistance auprès du Gouvernement, aura lieu conformément à la loi qui contient en même temps des règles relatives à leur nomination, leur composition, leur méthode de travail et leurs attributions ». V. *Annuaire Législation étrangère*, 1922, p. 123-124.

Si ces caractères existaient seuls, le Conseil législatif ne se distinguerait guère des très nombreuses commissions spéciales nommées aux hasards des changements ministériels. Ce qui caractérise surtout notre organe, c'est son caractère permanent et son indépendance. La *permanence* est un de ses caractères les plus importants. C'est ce qui explique que certains projets en fassent allusion, même dans leur titre¹ ; c'est lui qui permet à ceux qui font partie du Conseil d'une façon habituelle, d'abandonner tout autre travail, pour se consacrer entièrement à la rédaction des lois. Il résulte de là, plus de continuité dans leur travail, plus de compétence dans son accomplissement.

Nous avons vu que la technique législative suppose un certain état d'esprit spécial chez ceux qui s'y consacrent, que cet état d'esprit ne peut s'acquérir que par beaucoup de patience et de travail. Seul un organe permanent facilitera cette acquisition ; « la persévérance dans le même service donne un savoir et une habileté que ne contracte pas l'homme qui remplit un service une seule fois et par exception² ».

Pour obtenir l'unité et l'uniformité de langage dans la rédaction des projets, il faut que ceux-ci passent par les mêmes mains. La permanence du Conseil législatif assure ainsi l'unité dans la loi ; elle présente surtout de l'intérêt, lorsqu'il s'agit de la rédaction de projets ayant un caractère d'ensemble. La préparation d'un Code, avec l'ensemble des études qu'elle suppose, ne saurait être confiée à des commissions temporaires suivant chacune un système différent. Un tel travail exige un plan préalablement établi et suivi au cours de la rédaction ; il nécessite une direction unique qui ne peut être obtenue que dans un Conseil permanent ; lui seul peut donc entreprendre les travaux de longue haleine. Son état de permanence lui permet de suivre l'application d'une loi,

1. V. Picard, *op. cit.*, p. LXX.

2. Savart, Discours comité de législation, *Annales parlementaires de Belgique*, Débats Sénat, séance du 16 mars 1857, 1856-1857, p. 97.

d'en dégager les lacunes et imperfections, d'en préparer la révision ; lui seul aussi permet au Conseil de se maintenir à l'abri des influences politiques et des changements ministériels.

Nous passons ainsi au quatrième caractère que nous nous proposons d'examiner maintenant, nous voulons parler de l'*indépendance du Conseil*. On a souvent relevé ce caractère ; si nous nous arrêtons à nouveau, c'est qu'il nous semble primordial au bon fonctionnement d'une commission. Essayons de préciser un peu ; nous n'entendons sans doute pas, par là, l'indépendance absolue du Conseil législatif vis-à-vis des ministres ou de Chambres ; cela n'est ni nécessaire, ni possible. Nous avons vu qu'il y avait entre eux des rapports très nombreux d'interdépendance ; mais quels que soient ces rapports, le Conseil législatif conserve son individualité¹, par l'immovibilité de ses membres, par le droit qui lui appartient de seul ordonner son travail intérieur. Sa stabilité est, d'ailleurs, le plus souvent garantie par les lois constitutionnelles qui prévoient son institution² ; elle ne peut être modifiée par de simples lois ou décrets ministériels.

Cette stabilité permet au Conseil d'écarter toutes les influences politiques du moment ; de là, l'autorité morale dont ses avis sont souvent entourés, de là aussi, sa supériorité sur les commissions, même permanentes, créées auprès des différents ministères et qui sont à la disposition du cabinet. Les exemples que nous avons déjà cités sont trop nombreux pour y revenir.

Nous tenons à relever, avant de conclure, un dernier caractère important : *l'avis du Conseil doit être obligatoire*, tant pour les projets gouvernementaux que pour ceux dus à l'initiative parlementaire. Nous reviendrons plus tard sur cette question ; contentons-nous de constater ici, que seul il permet l'intervention habituelle du Conseil dans la rédaction des lois.

1. C'est ce qu'a certainement voulu marquer le législateur roumain en déclarant dans l'art. 3 de la loi de 1925, que le Conseil législatif est « une personne de droit public fonctionnant près du ministère de la Justice ».

2. Tel est notamment le cas pour le Conseil législatif roumain, dont la création a été révue par l'art. 76 de la Constitution de 1923.

Tels sont les caractères fondamentaux dont nous avons à parler ; eux seuls assurent un fonctionnement normal et un maximum de rendement possible.

52. Nous avons ainsi examiné les qualités constitutives de notre Conseil. Il importe d'indiquer maintenant quelle en sera la composition. Nous abordons ainsi l'un des problèmes les plus importants que pose notre sujet ; de sa bonne solution, dépendra pour beaucoup la façon dont seront rédigées nos lois ; car, quelque bonne que soit la méthode de travail suivie, elle ne peut donner le maximum de résultats possible, sans la présence de qualités nécessaires chez ceux qui l'appliquent. Quelles seront les personnes qui composeront le Conseil législatif ? Pour le savoir, il suffit de se rappeler quelle est la fonction qui appartient à ce Conseil ; elle est double : assurer la bonne rédaction des lois, — en préparer la révision.

Le Conseil devra donc contenir dans son sein des éléments suffisamment compétents pour remplir cette double tâche.

Nous avons déjà vu, dans les chapitres précédents, les difficultés que présente la rédaction de la loi ; or, la vie se complique sans cesse et donne naissance à des formes nouvelles, à des situations imprévues. De là, la nécessité de faire intervenir un grand nombre de personnes dans la préparation et la rédaction proprement dite des projets.

Ces personnes ne peuvent collaborer toutes habituellement aux travaux du Conseil législatif ; elles empêcheraient par leur nombre l'accomplissement de tout travail utile. C'est pourquoi le Conseil législatif doit avoir, à côté des *membres permanents*, des *membres non-permanents*.

Les premiers, en petit nombre dans chaque section, doivent assurer une vue d'ensemble dans les travaux ; les seconds constitueront les compétences spéciales intervenant dans la rédaction des différentes lois. Leur collaboration aux travaux spéciaux du Conseil sera provisoire et limitée à leur achèvement.

Le Conseil législatif, étant un Conseil technique, doit comprendre, parmi *ses membres permanents*, les représentants les plus distingués de la technique et de la science ; la présence des juristes « ayant des vues d'ensemble » sur la législation, nous paraît absolument nécessaire. Cela se comprend facilement, lorsqu'il s'agit des bureaux d'études que peut contenir ce Conseil¹ ; seuls les techniciens ont une compétence suffisante pour les diriger. Pour le reste, cela s'explique par la fonction même que les conseillers ordinaires sont le plus souvent appelés à remplir ; ils sont « le ciment qui amalgamera les éléments de provenances diverses dont se composera le Conseil² ». Ils ne peuvent être ni des hommes politiques, ni des praticiens ; la continuité de leurs travaux demande l'abandon de tout autre labeur. Elle ne permet en tout cas pas de s'adonner à des études présentant un caractère tout à fait différent ; les questions de terminologie, de rédaction, de forme, — celles qui se posent le plus souvent au Conseil, — sont des questions purement techniques ; elles exigent d'être résolues par les mêmes personnes, si on veut maintenir l'unité dans la législation.

A côté des techniciens, le Conseil législatif peut comprendre des personnes ayant une compétence spéciale dans la matière traitée : ce sont *les membres non-permanents* du Conseil. Qui sont-ils ? Comment interviendront-ils ? Quelle est leur utilité ? Telles sont les questions que nous nous proposons d'examiner maintenant.

Qui sont-ils ? — « Toute personne qui, par sa spécialité, sa compétence, ou son expérience, peut contribuer au travail » ; cette disposition très large, formulée par l'article 18 de la loi qui créa le Conseil législatif roumain, comprend toutes les capacités spéciales de la pra-

1. De tels bureaux sont prévus par la loi d'organisation du Conseil législatif roumain qui demande, dans son art. 7, la création auprès du Conseil d'un bureau d'études historiques.

2. V. quant à l'importance des membres permanents, E. Tarbouriech, *Du Conseil d'Etat comme organe législatif*, 1894 ; J. Barthélemy, *op. cit.*

tique et de l'expérience ; le cercle de ceux qui sont appelés à collaborer à la loi s'est ainsi grandement élargi : il comprend toute personne intéressée à la bonne rédaction de la loi.

Ce sont d'abord quelquefois des techniciens, des professeurs, représentants des Facultés, intervenant pour aider à la préparation de la loi ; cela arrive surtout lorsqu'il s'agit de projets ayant une certaine ampleur ; pour hâter les travaux, on fait appel à des universitaires et on les charge de la rédaction des différents rapports préparatoires. La discussion a lieu ensuite en commun, ce qui permet de maintenir l'unité du projet.

Ce sont ensuite les représentants de la magistrature et du barreau. Ils sont les premiers intéressés à la bonne rédaction de la loi ; mêlés continuellement à la vie, ils en connaissent les besoins ; ils connaissent aussi les difficultés sans nombre qui résultent, pour la pratique, de lacunes de la loi ou des formules mal rédigées. Par leur expérience et leur savoir, ils collaborent utilement à la rédaction des projets, car ils empêchent que ceux-ci n'aient un caractère trop théorique.

Nous y trouvons encore les spécialistes et les représentants des intérêts que la nouvelle loi est appelée à régir. Le rôle de ces derniers doit être purement informatif ; on ne doit jamais oublier le caractère spécial de l'intérêt qu'ils représentent. On devra donc éviter leur prépondérance dans le Conseil, car la loi doit être la résultante de tous les intérêts sociaux en présence.

Ce sont enfin les représentants de la Chambre et du Sénat ; leur intervention, comme conseillers temporaires, aux travaux du Conseil, s'explique facilement : ils y représentent les différentes opinions qui se manifestent au Parlement ; leur collaboration à la rédaction du projet en facilitera ensuite le vote.

Tel est le sens de la formule très large que nous avons citée ; professeurs, magistrats, avocats, représentants des

différents intérêts, parlementaires, tous contribuent à la préparation des projets. On comprendra facilement que toutes ces personnes ne puissent faire partie des cadres ordinaires du Conseil législatif : ils en empêcheraient le fonctionnement normal ; ils devraient abandonner leurs fonctions habituelles pour se consacrer aux travaux du Conseil. Or leur présence dans le Conseil s'explique par la nécessité de mettre la loi d'accord avec la vie ; ils n'y ont été appelés qu'à raison de leur situation antérieure. Aussi n'interviendront-ils dans les travaux du Conseil que d'une façon provisoire, et là seulement où leur compétence spéciale paraîtra nécessaire.

Les conseillers extraordinaires prennent part aux travaux à la demande du Conseil ; ils interviennent soit individuellement, soit sous forme de commissions spéciales créées près des différentes sections ; dans ce dernier cas, il faudra qu'un conseiller ordinaire au moins prenne part aux discussions de cette commission : lui seul pourra maintenir l'unité de vues nécessaire. On reviendrait autrement aux commissions temporaires que nous avons si souvent critiquées.

Quelle est leur utilité ? — Nous en avons déjà suffisamment dit, pour comprendre l'utilité des conseillers extraordinaires dans la rédaction de la loi : ils ont seuls des connaissances suffisantes pour résoudre à chaque instant les différents problèmes qui viendraient à se poser. Aussi leur intervention est de plus en plus importante. Ils collaborent aux travaux du Conseil de la même façon que dans les commissions spéciales ; si la qualité de leur travail est ici supérieure, cela est dû au caractère permanent de cet organe.

Leur collaboration paraît surtout nécessaire lorsqu'il s'agit de la rédaction d'un Code : non seulement à cause du grand nombre de questions que pose un travail d'une telle ampleur, mais aussi parce que la présence aux travaux des représentants du Parlement en facilitera ensuite le vote. On réalisera et maintiendra ainsi « une

parfaite unité de vues entre l'organisme qui prépare la loi et le Parlement qui la vote ¹ ».

Telle est l'importance des membres non permanents du Conseil législatif ; aussi comprendra-t-on facilement qu'ils soient intervenus si souvent ² dans la rédaction des lois, et que les lois constitutives des Conseils aient prévu cette intervention ³. Leur nombre ne pourra que s'accroître. Tout dernièrement encore, on ⁴ demandait au Parlement français l'adjonction au Conseil d'Etat « d'éléments extérieurs pris les uns parmi les hauts fonctionnaires, les autres parmi les citoyens dont la situation même atteste une compétence spéciale ; cela afin de lui permettre de remplir son rôle, le renforcer... et lui assurer toutes les compétences dont il a besoin dans sa grande tâche ». Ces différentes personnes seraient nommées conseillers extraordinaires à raison de leur charge habituelle ; leur nombre, limité à trente, serait réparti entre les différentes sections qui remplaceraient l'ancienne section de législation.

Un tel système, qui permettrait au Conseil d'Etat « de participer directement à la vie de la Nation », ne pourrait que réunir les suffrages de tous ceux qui, — comme nous, — croient à l'importance de son rôle informatif.

Mais cette fonction ne doit pas surpasser sa fonction technique qui doit constituer le travail ordinaire de ce Conseil ; car, ne l'oublions pas, il reste avant tout un Conseil technique aidant à la rédaction des lois.

1. V. Moreau, *La révision du Code civil et la procédure législative*, Livre du Centenaire, t. II, 1904, p. 1058.

2. V. discours du regretté ancien ministre de la Justice G. Mărzesco, à l'occasion de la « discussion du Projet du Conseil législatif roumain ». Débats de l'Assemblée Nationale Constituante des Députés, séance du 16 février 1925, *Monitorul oficial*, 1925, p. 1550-1551.

3. V. art. 5 du projet de loi de 1857, déposé au Sénat belge, qui déclare que « ...les ministres peuvent déléguer telle personne qu'ils jugent convenable, pour prendre part aux délibérations du Conseil avec voix consultative ; l'art. 14 du « Projet de la Conférence du barreau de Bruxelles », qui reconnaît non seulement au pouvoir exécutif mais même au Conseil, le droit d' « appeler à assister à ses délibérations et à y prendre part avec voix consultative, les magistrats, les professeurs, les membres du barreau et toutes autres personnes qui lui paraîtraient pouvoir éclairer les débats par leurs connaissances spéciales » ; v. aussi art. 14 de la loi française de 1872.

4. Louis Marin, Proposition de loi tendant à modifier la composition et l'organisation du Conseil d'Etat, Doc. parl., Chambre, 1920, annexe n° 222, séance du 23 janvier 1920, p. 106, col. 2.

C'est pourquoi nous ne pouvons admettre l'opinion de tous ceux qui croient qu'on pourrait faire du Conseil législatif un organe analogue au Conseil économique du Reich, composé « des délégués des groupes professionnels¹ », ou bien élu par les Chambres sur des listes spéciales². Un tel Conseil perdrait facilement son caractère technique, pour ne conserver que son côté social.

Aussi, croyons-nous qu'il est nécessaire de maintenir au Conseil législatif son individualité distincte d'organe de technique législative. Son rôle technique est suffisamment important pour ne pas le subordonner à d'autres³. C'est la seule façon d'en faire un collaborateur efficace du Gouvernement et du Parlement.

Nous terminons ainsi avec la question que nous nous étions proposé d'étudier au cours de cette section.

IV. — SON FONCTIONNEMENT ET SON AVENIR

53. Nous passons immédiatement au fonctionnement du Conseil législatif. Après ce que nous avons dit sur les caractères et la composition du Conseil législatif, nous tenons à examiner son fonctionnement. Est-il le meilleur possible ? Assure-t-il en fait une aide efficace dans la rédaction des lois ? Ces questions présentent un grand intérêt pratique pour notre sujet ; aussi essayerons-nous d'y répondre, en indiquant les conditions nécessaires à un bon fonctionnement.

1. C'est ce que demandait M. Junian, lors de la Discussion du Projet de Conseil législatif roumain. Débats de l'Assemblée Nationale Constituante des Députés, 13 février 1926, *Monitorul oficial*, 1925.

2. C'est ce que demandait notamment le projet Floquet, qui prévoyait la création de sections spéciales, « dont les membres seraient choisis par la Chambre et le Sénat, sur des listes de présentation de groupes professionnels légalement constitués et qui seraient désignés par la loi d'organisation » (discours Floquet tenu à la séance du 15 octobre 1888, *Annales de la Chambre des Députés*, Débats, 1888-4, p. 7). Il nous paraît intéressant de rappeler qu'un tel Conseil, se renouvelant partiellement avec les Chambres, a existé en 1849. V. quant à son existence et quant aux avantages qui pouvaient en résulter, Rapport fait au nom de la commission chargée de préparer un projet de loi sur le Conseil d'Etat, par le citoyen Vivien, Assemblée Nationale, séance du 10 janvier 1849, *Journal Universel*, janvier-mars 1849, p. 08, col. 2.

3. V. même sens, Ladislas Van Hoorebeke, *La réforme parlementaire*, 1929, p. 100.

Nous avons vu, dans notre seconde section, que le Conseil législatif était un organe consultatif créé pour aider le Gouvernement et le Parlement dans la rédaction des lois ; qu'en cette qualité, il devait rédiger les projets et les propositions qui lui étaient envoyés, qu'il devait réunir un matériel informatif suffisant pour procéder à la révision de nos Codes. Son caractère technique semblait lui assurer la compétence nécessaire pour collaborer à cette double tâche. Or, dans bien des pays, on constate l'insuffisance de notre Conseil.

On se plaint, depuis longtemps en France, que cette intervention soit devenue « éventuelle et facultative ¹ » ; on cite, à l'appui de ces dires, des statistiques vraiment troublantes ² il en résulte que le Conseil d'Etat est de moins en moins consulté.

En Belgique, la situation paraît, à première vue, meilleure. M. le ministre de la justice Hymans disait, en effet, dans son discours souvent cité ³ : « En fait... tous les projets importants émanant du Ministère de la justice ont été préparés par le Conseil de législation. » Mais le ministre lui-même devait reconnaître dans ce même discours, qu'« en dehors de l'action du Comité de législation..., la plupart des projets de loi d'ordre technique que présente le Gouvernement sont préparés par des commissions spéciales ⁴ ». Aussi, faut-il reconnaître ici encore l'insuffisance de la collaboration du Conseil permanent à l'œuvre législative.

Quant à l'Espagne, bien que la commission de codification ait été chargée de formuler tous les dix ans un

1. V. note 4, p. 126; v. aussi Varagnac, Le Conseil d'Etat, *Revue des Deux-Mondes*, août 1892, p. 772.

2. V. Boivin-Champeaux, discours du 18 novembre 1905 à la Conférence de la Cour de cassation, qui constate que « le renvoi, puisque facultatif, n'aboutit qu'à un fantôme de collaboration », cela non seulement quant à ses rapports avec les Chambres, mais même avec le Gouvernement; V. aussi J. Barthélemy, *Le problème de la compétence dans la démocratie*, 1918, p. 97.

3. Hymans, discours prononcé à l'occasion de la Discussion générale du budget du ministère de la Justice pour l'exercice 1927, Chambre des Représentants, séance du mardi 24 mai 1927, *Annales parlementaires*, p. 1541.

4. *Op. cit.*

projet de réforme du Code civil, il n'en a rien été fait jusqu'à présent¹.

Tels sont les faits ; essayons d'en dégager la cause afin d'y remédier. Elle est simple et a été souvent relevée : l'intervention du Conseil législatif n'est pas suffisamment organisée ; elle reste elle-même trop facultative. C'est ce que constate l'immense majorité des auteurs qui demande à rendre obligatoire l'avis du Conseil législatif².

Cette innovation, — appliquée aux projets ministériels, — n'y rencontrerait pas de trop grandes difficultés ; elle n'empêcherait pas la responsabilité ministérielle, mais l'aiderait dans sa fonction ; elle serait conforme à la tradition³ et ne porterait atteinte qu'aux velléités législatives du cabinet et des bureaux.

Il en serait autrement pour l'initiative parlementaire : ici les difficultés seraient beaucoup plus grandes ; on soutient souvent qu'un tel projet porterait atteinte aux pouvoirs du Parlement⁴. Celui-ci conserverait, en tout cas, son droit d'amendement ; il pourrait modifier les projets rédigés par le Conseil. On invoque cependant la tendance de nos Parlements de ne pas admettre l'immixtion d'organes étrangers dans leurs travaux. Aussi, certains⁵ se contentent-ils de limiter aux projets techniques le caractère obligatoire de la consultation.

Nous avons vu, dans tout ce que nous avons dit jusqu'à présent, ce qu'il fallait penser de la valeur de ces arguments ; loin de constituer une entrave, de donner lieu à des conflits perpétuels, la consultation obligatoire du

1. Vicente Santa-Maria Y de Rojas, *Bref aperçu de l'évolution du droit privé en Espagne de 1869 à 1919*, *Livre du Centenaire*, t. II, 1923, p. 165.

2. V. p. 128, n. 2.

3. Nous savons en effet que certaines lois d'organisation du Conseil d'Etat prévoyaient déjà au siècle dernier le caractère obligatoire de l'avis, pour les projets gouvernementaux. V. pour le Conseil d'Etat de 1849, Rapport fait au nom de la commission chargée de préparer un projet de loi sur le Conseil d'Etat, par le citoyen Vivien, Assemblée Nationale, séance du 10 janvier 1849, *Journal universel*, janvier-mars 1849, p. 108, col. 1 ; v. aussi Jacquelin, *Cours de droit administratif*, 1927-28, p. 20.

4. V. F. Van den Bossch, *op. cit.* ; Chardon, *op. cit.*

5. H. Speyer, *La réforme de l'Etat en Belgique*, 1927, p. 82.

Conseil législatif ne ferait que faciliter le fonctionnement du Parlement. Les droits de celui-ci demeureraient entiers, mais la valeur technique des projets leur conférerait une autorité indiscutable ; elle seule s'imposerait au Parlement et faciliterait par là le vote de la loi.

Le système que nous préconisons a d'ailleurs déjà fait ses preuves¹ ; on ne peut sans doute revenir aux Constitutions de l'an VIII et de 1852, et accorder au Conseil d'Etat un pouvoir législatif proprement dit ; mais on doit réorganiser son fonctionnement, en redonnant à son avis le caractère obligatoire qu'il avait autrefois. La majorité des auteurs est d'accord là-dessus.

Aussi ne pouvons-nous qu'approuver les dispositions de la Constitution roumaine de 1923 qui, dans son article 76, déclare obligatoire la consultation du Conseil législatif pour tous les projets et propositions dus à l'initiative parlementaire².

Appliquant ces dispositions de la Constitution, la loi du 25 février 1925 sur *le Conseil législatif roumain* déclarait, dans son article 2 : « Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif sont obligés de le consulter... » Après avoir posé ce principe, elle a organisé, dans les articles suivants, le fonctionnement du nouveau Conseil.

Ces dispositions sont nombreuses, intéressantes ; aussi nous permettrons-nous de les examiner d'une façon succincte. Le Conseil fixe lui-même sa méthode de travail ; il peut travailler en sections, commissions, sous-commissions, il peut conférer des délégations individuelles ou collectives (art. 44). Les ministres et sous-secrétaires d'Etat sont autorisés à prendre part aux travaux du Conseil en qualité de présidents (art. 48). De plus, le président de la section où le projet a été envoyé peut demander au ministre responsable de prendre part aux travaux du Conseil et de donner de plus amples informations (art. 73).

1. On a déjà souvent noté l'importance du rôle qu'il a exercé lors de la rédaction du Code civil français.

2. L'art. 76 contient cependant dans son 2^e al. des exceptions pour les projets de lois se référant aux crédits budgétaires.

Enfin, l'article 79 prévoit qu' « à la fin de l'année législative, le premier président du Conseil devra présenter au ministre de la justice un rapport sur les travaux effectués pendant l'année, sur l'état des travaux en cours, et principalement sur ceux de l'unification ; ce rapport sera publié au *Moniteur officiel* et au *Bulletin législatif du Conseil* ».

Telles sont les dispositions de la loi roumaine quant à l'organisation interne du travail et quant aux rapports existant entre le Conseil et les ministres.

En ce qui concerne les rapports du Conseil et des Chambres, on sait déjà que la loi dispose que tout projet, — excepté ceux ayant un caractère budgétaire, — doit lui être soumis ; de plus, l'article 74 permet aux commissions des Chambres de demander l'avis du Conseil législatif au sujet des amendements déposés. Cet avis doit être donné dans les vingt-quatre heures.

La loi renforce cette collaboration, entre le Conseil et les Chambres, en permettant aux « députés et sénateurs, en nombre fixé par les règlements de l'assemblée..., de demander au Conseil de faire des recherches, d'élaborer des projets... ; ils doivent désigner dans ce cas l'un d'entre eux pour prendre part aux travaux » (art. 66).

Telles sont les dispositions principales de la loi roumaine ci-dessus citée ; elles organisent d'une façon précise les rapports du Conseil législatif avec le Gouvernement et les Chambres. En permettant au Gouvernement de collaborer aux travaux du Conseil, en introduisant le rapport annuel, elles facilitent au ministre de la justice l'exercice d'un contrôle efficace dans la rédaction des lois ; elles leur assurent plus d'autorité.

Quant aux rapports avec les Chambres, le Conseil permet l'information des parlementaires et améliore la rédaction de leurs propositions. Il importe de relever surtout l'importance de cette dernière fonction ; nous le ferons dans le chapitre qui s'y référera.

Ce système nouveau présente de grands avantages ; quelques années d'expérimentation pratique ne font que

confirmer nos dires. C'est ce que constatait d'ailleurs le premier président du Conseil législatif, M. Gane, dès la fin de la première année de travail ¹ : sur 198 projets de lois et de règlements soumis au Conseil au cours de la première année, 183 avaient été examinés et 15 seulement étaient encore à l'étude dans les sections ; et le distingué président ajoutait : « Nous avons eu la satisfaction de voir qu'un grand nombre des avis émis ont contribué à la modification des projets ². » Les années suivantes devaient indiquer des progrès constants ³ ; la valeur du nouveau Conseil est aujourd'hui unanimement appréciée : « Ces avis, qui n'étaient pas obligatoirement imposés par la loi, ont été suivis pour la plupart, ce qui prouve qu'ils étaient sérieusement étudiés et toujours objectifs... Le temps permettra au Conseil de se manifester encore mieux ⁴. »

Loin de constituer une entrave, le nouveau Conseil, — par son caractère obligatoire, — facilite le fonctionnement des pouvoirs exécutif et législatif. C'était la meilleure réponse à donner à ceux qui prétendaient le contraire.

54. Nous arrivons ainsi à notre conclusion ; quel sera le Conseil législatif d'avenir ? Cela résulte de tout ce que nous avons dit jusqu'à présent : Conseil technique, obligatoire tant pour le Parlement que pour les ministres, devant intervenir de plus en plus régulièrement dans la rédaction des lois ; pour que cette intervention soit vraiment efficace, il faudra améliorer sa composition et limiter sa fonction à la préparation des projets. Loin de croire avec certains ⁵ qu'elle devrait être limitée à une

1. V. discours A. N. Gane, à l'occasion du premier anniversaire du Conseil législatif, *Curierul Judiciar*, XXVI, n° 7, 20 février 1927, p. 99.

2. *Op. cit.*

3. V. discours de M. Gane, à l'occasion du 2^e, 3^e, 4^e anniversaire du Conseil, *Curierul Judiciar*, 22 janvier 1928, p. 48 ; 27 janvier 1929 ; janvier 1930.

4. *Op. cit.*

5. V. intervention du Ministre de la Justice, lors de la discussion de Projet sur le Comité de législation, *Annales parlementaires de Belgique*, Débats Sénat, séance du 17 mars 1857, 1856-1857, p. 103 ; v. aussi décla-

seule section du Conseil, nous demandons au contraire qu'elle constitue son unique préoccupation ; la rédaction des lois présente suffisamment d'intérêt pour s'y consacrer en entier. Ce n'est qu'ainsi qu'on pourra, suivant les fortes paroles de M. le ministre Masson, « faire naître et maintenir l'unité d'esprit et de système, l'homogénéité de principes et d'actions, dans les différentes branches du pouvoir législatif ¹ ».

Nous avons ainsi terminé avec ce que nous avons à dire au sujet du Conseil législatif intervenant dans la rédaction des lois. Mais pour arriver à la rédaction proprement dite, d'amples études de préparation sont nécessaires. Cela fera l'objet du chapitre suivant qui traitera de « l'Information ».

rations de M. Junian lors de la Discussion du Projet de Conseil législatif roumain, *op. cit.* Il importe d'ailleurs d'ajouter que cette limitation se rencontre dans tous les projets qui veulent remplacer le Conseil législatif par un conseil économique.

1. Rapport de la Commission de la révision de la Constitution, XXXII, art. 26, § 105 et 106 de la Constitution, Chambre des Représentants.

CHAPITRE V

L'INFORMATION

55. Nous abordons ainsi l'une des matières les plus importantes de notre ouvrage ; il ne suffit pas, en effet, qu'une loi soit bien rédigée ; il faut encore qu'elle trouve son application pratique¹ et réponde aux besoins qui l'ont suscitée. « Les lois sont en effet le miroir et le régulateur des mœurs, elles en sortent pour y retourner ; les habitudes sociales, après les avoir nécessitées, les acceptent comme guides et comme soutien². » Faire connaître les mœurs qu'on veut réglementer, tel sera l'objet de l'information.

On comprend facilement l'intérêt qu'y trouvera le législateur : pour arriver à une bonne rédaction de la loi, il devra baser ses travaux sur des statistiques et des documents fournis par la science ; il devra connaître l'ensemble des lois spéciales parues dans la matière à traiter, l'état dernier de la jurisprudence et des travaux

1. « Avant tout, pour adapter non pas artificiellement, mais naturellement, un ordre juridique à une société, il est nécessaire de bien connaître cette société, les forces et les tendances qui la dominent, les institutions qui la composent, le conflit des énergies diverses, qui s'en disputent le champ. Il est donc nécessaire que l'enquête sociologico-économique précède n'importe quelle conception juridique. On ne pourra accomplir des réformes législatives salutaires, sans une vision claire, large, de l'ambiance sociale à laquelle elles devront correspondre. La faute de ceux qui ont par trop légiféré a été, — il ne faut pas l'oublier, — de n'avoir pas eu la connaissance exacte de la société et de ses tendances, des aspects changés de l'économie sociale ; et la création de lois inapplicables en a été la conséquence inévitable » (Cosentini, *La réforme de la législation civile*, 1913, p. 244).

2. Picard, *Pandectes belges*, VI, p. XLI ; v. dans le même sens, Cruet, *La vie du Droit et l'impuissance des Lois* : « Le droit ne domine pas la société, il l'exprime » (p. 336) ; Baudouin, discours prononcé à la Soc. d'études législatives, *Bull. Soc. Et. Lég.*, 1903, séance du 11 décembre 1902, p. 23 ; Lambert, préface au livre de Cornil, *Le droit privé*, p. XI.

de la doctrine. Il devra pousser bien plus loin ses recherches : les rapports d'interférence qui existent entre les peuples ne lui permettent pas de s'enfermer dans une tour d'ivoire et d'ignorer l'ensemble du droit comparé ; celui-ci élargit l'horizon du législateur et lui permet de mieux saisir les différents besoins à régler.

Nous verrons plus tard l'influence réciproque de ces éléments sur la loi ; contentons-nous de dire maintenant, que sans leur connaissance approfondie, tout travail législatif sérieux nous paraîtrait impossible. Leur absence explique souvent la façon dont sont préparées nos lois, le grand nombre de redites, contradictions, lois inutiles, inapplicables, qui foisonnent aujourd'hui ; par son caractère « objectif et purement documentaire ¹ », elle mettra à la portée du législateur un ensemble de faits précis sur lesquels celui-ci bâtira ses constructions juridiques. Elle est ainsi un des moyens, et non des moindres, qui assurent la rédaction de la loi.

Telle est la raison pour laquelle nous concluons notre étude de technique externe, avec ce chapitre. « The last but not the least », car le rôle de l'information fut toujours des plus grands ; sans remonter trop haut ², qu'il nous suffise de rappeler l'influence qu'elle exerça lors de la rédaction des Ordonnances. Colbert, déjà, dans son Mémoire à Louis XIV ³, demandait « que les Maîtres de Requête fassent une enquête, dans le pays auprès de tous les corps compétents, surtout auprès des Parlements ⁴ ». En effet, pour qu'une telle ordonnance puisse subsister, il fallait qu'elle fût conforme aux besoins du pays ; pas d'unification du droit possible, sans cette conformité.

L'intérêt de l'information est dès lors pleinement éta-

1. Saleilles, comptes rendus des travaux de la 1^{re} sous-commission, *Bull. Soc. Et. Légis.*, 1905, p. 250.

2. Voir quant au rôle de l'information, dans la rédaction des XII t., Girard, *Traité de Droit romain*; Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. I.

3. Le 15 mai 1665.

4. V. Guillemet, *La procédure parlementaire et les codifications*, thèse Paris, 1903, p. 51.

blie ; la loi doit correspondre aux réalités sociales de son temps ; elle doit tenir compte des dernières innovations ¹. Comment les connaître, sinon par le moyen des enquêtes.

Telle est l'importance de l'information : si cela paraît vrai lorsqu'il s'agit d'une loi, à plus forte raison le sera-t-il lors de la rédaction d'un Code. Celui-ci présente plus de complexité, car il est appelé à régler tout un ensemble de dispositions du droit ; celles-ci exigent des comparaisons nombreuses pour arriver à dégager les dispositions communes. Non seulement les différentes législations, mais encore les nombreux systèmes de doctrine de tous les pays doivent être rapprochés ; les travaux préparatoires des lois plus importantes, se rapportant à la matière que nous voulons codifier, doivent être examinés. Comment y arriver sans une documentation poussée à l'extrême, sans un véritable épanouissement de notre science.

On comprend, dès lors, toute l'importance que présentent toutes ces questions pour notre ouvrage : la loi élargit sans cesse son domaine ; elle s'immisce dans les rapports privés, elle tend à renforcer la liberté individuelle en la rendant plus responsable de ses abus ; elle innove dans tous les domaines, par l'introduction de conceptions nouvelles. Or, pour ne pas trébucher à chaque pas, le législateur a besoin d'avoir à sa disposition des statistiques, des documents ; il doit connaître les mouvements de la jurisprudence, pour pouvoir prévoir les conséquences pratiques de ses innovations ².

1. Paul Gide, De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie, *Rev. historique de droit français et étr.*, 1866, t. XII, p. 392. Cette dernière idée est très ancienne. C'est ce que constate aussi notre ancien très érudit maître, M. Lévy-Ullmann : « Il est vrai de remarquer, dit-il que de toutes les méthodes législatives, la méthode de comparaison est la plus vieille du monde. Les légendes de l'antiquité, — en particulier de l'antiquité hellénique, — sont pleines de fables nous représentant des peuples en mal d'institutions, envoyant des émissaires dans les cités voisines, afin d'observer chez ceux qui les entouraient, s'il ne s'y rencontrerait pas d'aventure le remède aux troubles dont ils étaient affligés » (De l'utilité des études comparatives, *La Revue du Droit*, Québec, 1^{er} mai 1923, n° 3). Il en fut de même lors de la rédaction de l'Ordonnance sur la Marine (1681) : des délégués du Conseil de Justice furent envoyés en Hollande pour y réunir des documents. V. Guillemet, *op. cit.*, p. 51.

2. V. discours du président Baudouin à la Soc. d'Etudes légis., *op. cit.*; Zitelmann, *op. cit.*

Ces statistiques, cet ensemble de documentation, qui le lui fournira ? C'est ce que nous verrons plus tard lorsque nous parlerons des organes d'information pour : a) Le droit interne ; b) le droit comparé. Avant d'aller plus loin, nous examinerons le rôle de l'information lors de la rédaction des principaux Codes civils. Nous parlerons enfin, en dernier lieu, du rôle de l'information dans l'unification internationale du droit.

Tel est le plan que nous suivrons dans ce chapitre.

I. — ROLE DE L'INFORMATION DANS LES PRINCIPAUX CODES CIVILS MODERNES.

56. *Code civil français*. — La façon dont fut élaboré le Code civil français est déjà trop connue pour nous y arrêter longtemps ; nous savons notamment que le projet, une fois terminé, ne fut pas soumis immédiatement à la section de législation du Conseil d'Etat ; on l'envoya, pour être examiné, au tribunal de Cassation et aux différents tribunaux d'appels¹ ; par sa lettre du 12 germinal an IX, le ministre de la justice invitait ces différents tribunaux « à nommer dans leur sein... une commission de trois membres pour l'examiner et faire, sur les articles dont il est composé, les observations qui leur paraîtront convenables... ».

Ce système d'information nous paraît intéressant ; il rappelle celui inauguré par Colbert, lors de l'élaboration des Ordonnances ; il devait être employé dans toutes les rédactions importantes qui suivirent². Cette faveur s'explique facilement : les tribunaux connaissent mieux que tous autres organes, les lacunes de la loi et les besoins de la vie. « Si les mœurs sont la matière première au moyen de laquelle doivent être forgées les lois,

1. André Roux, *Les observations du tribunal d'appel de Montpellier sur le projet de Code civil*, thèse Montpellier, 1919, p. 13.

2. Il nous paraît intéressant de rappeler ici le décret de la Législative, du 16 octobre 1791, par lequel elle invitait tous les citoyens, même les étrangers, à lui communiquer leurs vues sur la formation d'un nouveau Code civil. V. là-dessus, H. Guillemet, *op. cit.*, p. 55.

c'est dans les tribunaux que l'œuvre se prépare, et aucun ouvrier n'est apte à l'accomplir s'il ne sait ce qui s'y est fait ¹. »

La consultation des différentes cours présentait, en 1801, un intérêt spécial : le nouveau Code civil devait compléter l'unification politique par l'unification du droit privé ; les difficultés qu'il rencontrait faisaient qu'on devait agir avec prudence ². Qui d'autres que les tribunaux d'appel, — successeurs des anciens Parlements, — pouvait-on consulter sur les différentes traditions du pays ? L'ensemble des observations reçues fut réuni et examiné par la section de législation du Conseil d'Etat ; elles modifièrent profondément le projet primitif ³.

Tel fut le rôle de l'information lors de l'élaboration du Code civil français ; en lui faisant exprimer les besoins réels de son temps, elle contribua pour beaucoup à son succès. L'information devait, dès lors, être considérée comme un des éléments principaux intervenant dans la rédaction d'un Code.

57. Sa contribution aux travaux préparatoires du *Code civil italien* ne fut pas moindre ; là encore, on demanda l'avis des corps judiciaires ⁴. Mais ce qui caractérise le mode d'information employé, ce fut la création, en 1862, par le ministre de la justice Pisannelli, de cinq commissions fonctionnant simultanément à Turin, à Milan, à Florence, à Naples et à Palerme ; on fit ainsi appel à tous les juristes du pays pour collaborer au travail d'unification. Les observations de ces différentes commissions furent prises en considération par le ministre de la justice lors de l'élaboration définitive du projet.

1. Picard, *op. cit.*, p. XLII.

2. « On ne saurait s'environner de trop de lumières, lorsqu'il s'agit d'une entreprise aussi importante que la rédaction du Code civil pour un grand peuple » (Portalès, *Examen des diverses observations proposées contre le projet de Code civil*) ; Locré, *op. cit.*, t. XVI, p. 653-654.

3. André Roux, *op. cit.*, p. 17. V. aussi même sens, Thiers, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, cité p. 19.

4. H. Prudhomme, *Code civil italien*, 1896, p. XXIX, n. 4.

Ce système des commissions de juristes travaillant dans les différentes parties du territoire devait trouver son plein épanouissement lors de la rédaction du Code suisse ; il assure une ample information et permet à toutes les opinions techniques de se manifester durant les travaux préparatoires.

58. C'est surtout l'élaboration du *Code civil allemand* qui relèvera toute l'importance de l'information. La première commission ¹, chargée d'élaborer le nouveau Code, avait travaillé en secret à l'abri de toute intervention du dehors ; quelques documents officiels sur la marche des travaux avaient seulement été communiqués au public ². Aussi, lorsqu'on publia ces travaux ³, de nombreuses critiques s'élevèrent ; le projet, qui présentait des qualités juridiques remarquables ⁴, fut accusé de n'être pas une loi allemande : « Il était trop romaniste et trop doctrinaire ; il s'éloignait donc doublement de la vie populaire ⁵. » La cause était dans le manque de publicité qui avait accompagné les travaux : leurs auteurs n'avaient pas gardé de rapports avec la vie du dehors, pour y puiser une suffisante information.

Or, un Code civil doit être avant tout profondément national ; il doit comprendre dans ses formules les besoins réels de la vie, les exprimer d'une façon suffisamment claire pour être facilement compris de tous. C'est la seule façon de créer l'unanimité nécessaire à

1. Elle se composait de 11 membres, 2 professeurs, 9 magistrats et praticiens, représentant les différentes parties de l'Allemagne. V. Meulenaire, Introduction à la traduction du Code civil allemand, p. IV.

2. V. Bufnoir, Communication sur les travaux préparatoires d'un C. de civil pour l'Empire allemand, qui nous rapporte que durant six ans, les seuls « documents officiels communiqués au public sur la marche du travail, consistent en 5 rapports adressés par le Dr Pape au Chancelier de l'Empire, et transmis par celui-ci au Conseil fédéral » (*Bull. Soc. Légis. comp.* 1880; v. aussi Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, t. I, p. 19).

3. Sur l'ordre du Bundesrath du 31 janvier 1888.

4. Deux juristes très distingués, un romaniste et un germaniste, Windschei et Roth, avaient pris une part très active à son élaboration.

5. Ces critiques furent surtout émises par Gierke, *Der Entwurf eines B. G. B.*, 1889; v. aussi Bähr, *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, . 6-7; Saleilles, *Annuaire de législation étrangère* 1891, t. XXVI, p. 151; Meulenaire, *op. cit.*, p. V; Endemann, *op. cit.*, p. 19.

son acceptation. En publiant le premier projet, on demanda à la critique de se prononcer ; la réponse ne se fit pas attendre : de nombreux articles de revues et des ouvrages d'ensemble furent publiés¹, quelques-uns sont vraiment remarquables : tel est le livre de Gierke², qui accusait le projet de n'être « pas allemand, pas populaire, pas créateur et que le devoir moral et social n'est pas entré dans son horizon ». Il y voyait un « compendium des Pandectes », « dans les articles d'une loi³ ».

A ces avis s'ajoutèrent les avis autorisés des Etats particuliers⁴. Tout ce matériel fut examiné par le Ministère de la justice ; il le résuma, le classa et le publia en deux ouvrages distincts⁵. On en facilita par là l'emploi à la deuxième commission nommée par le Reichsrath. Celle-ci commença ses travaux le 15 décembre 1890, qui portèrent sur la révision du premier projet. Grâce à l'ensemble de documents qu'elle avait à sa disposition⁶, grâce surtout à sa méthode de travail⁷, cette nouvelle commission devait bientôt aboutir⁸. Le projet ainsi révisé fut soumis au Bundesrath, puis au Reichstag.

Nous avons déjà parlé, dans nos chapitres précédents,

1. Planck, Zur Kritik des Entwurfes eines B. G. B., *Archiv für die Zivil-istische Praxis*, t. 75, p. 327; Baehr, v. article publié dans *Kritische Vierteljahrschrift*, t. XXX, p. 323 et 566.

2. *Der Entwurf eines B. G. B.*, 1888.

3. Gierke, *op. cit.*, p. 3. Ces idées ont été vivement contestées par Planck *op. cit.*, p. 330-331.

4. « Le 26 juin 1889, le Chancelier invita les gouvernements des Etats particuliers à donner leurs opinions » (Planck, *op. cit.*, t. 1, p. 1).

5. Le premier fut publié sous le titre de *Zusammen-stellung der Gertachtlichen enseringen zu den Entwurf eines B. G. B.*, 6 vol., 1890-1891. Quant aux desiderata des Etats particuliers, ils furent réunis sous le titre de : *Zusammen-stellung der enserungen des Bungenngierungen*. Ceux de Prusse furent publiés à part. V. sur tout cela, Crome, *op. cit.*, t. 1, p. 34.

6. Endemann, *op. cit.* Après nous avons rapporté que ces articles furent réunis en 6 volumes par les soins du Ministère de la justice, — l'auteur ajoute que la 2^e commission était pourvue de matériel informatif « dans une mesure qu'on rencontre rarement chez une commission de législation » (p. 22).

7. « Le travail se poursuivait sous les yeux du public; le *Moniteur de l'Empire* publiait un compte rendu continu de toutes les nouvelles décisions prises. Par là, la commission restait en contact avec les vues des juristes et du peuple » (Endemann, *op. cit.*, p. 23). La nécessité d'une telle procédure avait été perçue par Gierke, *op. cit.*, p. 592. V. aussi Crome, *op. cit.*, t. 1, p. 38.

8. Elle commença ses travaux le 15 décembre 1890 et les termina le 19 juin 1895. « Pendant ce temps 428 séances avaient eu lieu » (Endemann, *op. cit.*, p. 23).

de la rapidité avec laquelle le projet a été voté au Reichstag. Certains voient dans cette rapidité une conséquence de la façon dont avait été faite la consultation de l'opinion ; ils perçoivent pour l'avenir une nouvelle orientation du mécanisme législatif, une part plus large faite à la représentation professionnelle consultative.

En effet, avec la rédaction du B. G. B., le domaine de l'information s'élargit : ce ne sont plus seuls les juristes et techniciens qui interviennent à l'élaboration de la loi ; toutes les forces vives de la Nation doivent dorénavant y contribuer¹.

Mais le caractère de leur information est purement documentaire. Le législateur seul doit en extraire les conséquences légales ; lui seul représente la volonté nationale qui ne doit venir, en aucun cas, en conflit avec les volontés distinctes et différentes des groupes. Ainsi limitée, l'information est absolument nécessaire à la bonne rédaction d'un Code ; elle exige l'intervention de toutes les classes sociales à son élaboration.

59. C'est ce qu'a compris le *législateur suisse*² ; parlant de la nécessité pour un Code civil d'être l'expression des besoins du peuple, Huber disait : « Nulle imitation, nulle science, nul effort d'imagination ne peuvent suppléer ici aux impérieuses exigences de la vie³. »

Aussi, le Code civil suisse fut-il soumis à une ample information ; les moyens par lesquels elle se manifesta

1. Saleilles voit dans « cet appel à l'opinion publique, un facteur même du mécanisme législatif... » (Introduction au *Droit civil allemand*, p. 26).

2. « Tous les groupements politiques et sociaux déterminés par les intérêts économiques et moraux de la nation entière, doivent naturellement convenir à l'élaboration d'une œuvre aussi capitale et aussi profondément réformatrice que le sera le Code civil de la confédération. Ils n'y ont pas manqué ; leurs représentants ont été consultés, leurs desiderata et leurs observations ont été examinés, discutés, pris en considération, et cela sans qu'une classe de la population suisse puisse se plaindre d'avoir été sacrifiée. Les aspirations et les nécessités des temps modernes s'imposent à tous les citoyens et tous ont le droit d'attendre du législateur autant de bienveillance que de sollicitude. N'est-ce pas dans ces manifestations de l'opinion générale qu'il puisera l'appréciation la plus complète et la plus saine de l'état du pays ? » (Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant le projet de Code civil suisse, 28 mai 1904).

3. Huber, Exposé des motifs, t. I, p. 2.

sont très nombreux. L'avant-projet terminé¹ fut soumis aux délibérations d'une commission de trente et un membres².

Pour assurer une plus ample publicité, le projet fut discuté en quatre sessions dans quatre parties différentes du pays³; on facilita par là l'intervention de toutes les compétences dans la discussion. « En même temps, le Département de justice et de police sollicitait l'envoi de tous les vœux, observations, propositions que l'on pouvait avoir à formuler... Toutes les opinions pouvaient ainsi se produire, et toutes les prétentions se faire jour; on usa dans une large mesure de cette faculté, de telle sorte que, des rapports parvenus au Département, on put composer une sorte de tableau, suivant l'avant-projet, article par article, et donnant sur les questions délicates de précieuses indications⁴. » Ce n'est qu'à la suite de ces travaux informatifs préparatoires, que le Conseil fédéral de justice désigna une commission de rédaction qui eut à examiner à nouveau le projet⁵.

Tels furent, en résumé, les principaux moyens employés par le législateur suisse pour assurer une ample information : a) Examen du projet par une grande commission; b) discussion du projet dans les différentes parties du pays; c) enfin appel à la critique⁶.

1. Cet avant-projet avait été rédigé par Huber, en prenant pour base de ses travaux. l'ensemble du matériel qu'il avait lui-même réuni durant plusieurs années. Ce matériel avait été publié à Bâle, en 4 volumes, 1886, 1888, 1889 et 1893, sous les titres : *System... des Schweizerischen Privatrechts* (v. Mentha, Notice sur l'état des travaux préparatoires d'un Code civil suisse, *Bull. Soc. Légis. comp.*, 1900-1901, t. XXXI, p. 364); de plus, « avant de donner à son avant-projet sa forme définitive, Huber en a discuté les diverses parties de 1893 à 1898, dans des réunions officielles ou officieuses de jurisconsultes et d'experts spécialement compétents... » (Chaudé, *Le nouveau Code civil suisse*, 1920, p. 58).

2. Plus 9 experts spéciaux.

3. A Lucerne, du 7 au 30 octobre 1901 (droit des personnes et de la famille); à Neuchâtel, du 3 au 22 mars 1902 (tutelle et successions); à Zurich, du 3 au 15 novembre 1902 (droits réels, première partie); à Genève, du 15 avril au 2 mai 1903 (droits réels, fin).

4. Chaudé, *Le nouveau Code civil suisse*, p. 36.

5. V. quant à la composition de cette commission, *Message du Conseil Fédéral* à l'Assemblée Fédérale concernant le projet de Code civil suisse, 28 mai 1904, p. 4-5.

6. Le Département fédéral de Justice invita aussi les gouvernements cantonaux « à lui faire part de leurs vœux relativement à l'économie des

60. Nous trouvons en Suisse le système le plus complet d'information que nous ayons rencontré jusqu'à présent : le Code n'est plus le résultat du travail d'un seul, mais de celui de tous¹. Cela est important à rappeler aujourd'hui lorsque dans tous les pays se posent des problèmes de révision et d'unification des anciens Codes² ; pour être sûr de réussir, il faut commencer par connaître d'une façon précise les réalités sociales à régler³. Cette connaissance seule permettra d'apprécier

diverses parties de l'œuvre, ainsi que des expériences auxquelles les institutions juridiques de leurs cantons avaient donné lieu » (Chaudé, *Le nouveau Code civil suisse*, p. 62).

1. V. aussi dans le même sens, Bluntschli, *Le droit public général*, 1881, p. 6; Rossel, *Le Code civil suisse*, t. I, 1908, p. 48; *Message* du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant le projet du Code civil suisse (28 mai 1904), p. 87. Cette idée se trouve déjà énoncée dans le *Message* du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale pour modifier la Constitution, 1896, p. 45; on le trouve appliqué aussi lors de la rédaction du Code civil brésilien; v. Clovis Bévilaqua, préface au Code civil brésilien, p. XXV. Code civil des Etats-Unis du Brésil, *Office de Législation étrangère et de droit international*, MDCCCXXVIII; v. aussi quant au système suivi en Tchécoslovaquie pour la rédaction des Codes, Schumann, *Théorie des obligations dans le projet de Code civil tchéco-slovaque*, thèse Paris. L'auteur nous rapporte, qu'en plus d'un ministère spécial de l'unification (22 juillet 1919), il fut créé cinq sous-commissions, composées chacune d'un rapporteur et de 6 membres désignés par les associations de juges, d'avocats et de notaires. Cet avant-projet fut publié avec ses motifs en 1923, afin de permettre à la critique de se prononcer. On nomma par la suite en 1925 une « commission de super-révision », destinée à modifier le projet et à tenir compte de toutes ces opinions.

2. V. quant aux difficultés que pose cette unification et les moyens nécessaires pour les résoudre, Capitant, Introduction en Alsace-Lorraine du Droit civil (*Bull. Soc. et légis.*, 1921, p. 178). Ces difficultés proviennent souvent des différences de langue entre les populations d'un même pays. Tel fut le cas en Tchécoslovaquie où, pour permettre aux populations allemandes de prendre part à la discussion du projet de Code civil, on publia le texte et son exposé de motifs en allemand, sous le titre : *Das Bürgerliches Gesetzbuch für die Cechoslovakische Republik. Uebersetzung des Entwurfes der Kommission für die Revision des A. B. G. B.*, édité par le Ministère de la justice tchécoslovaque. Verlag Gebrüder Stiepel Richenberg 1 B, 1925. v. Lambert, Les publications..., etc., *Bull. Soc. Légis. comp.*, 1926, p. 170.

3. « Il importe d'abord que la phase préparatoire, c'est-à-dire la période de confection du projet de Code, soit disposée de façon que tous les avis utiles puissent se produire avec facilité, ampleur, précision, en même temps qu'avec promptitude ». Albert Ortscheid, *Essai concernant la nature de la codification et son influence sur les sciences juridiques d'après la conception du Code de droit canonique*, thèse Paris, 1922, p. 16. Il nous paraît intéressant de rappeler que, lors de la rédaction du projet de Code des obligations franco-italien, le comité qui en fut chargé était composé « des représentants de toutes les forces politiques et juridiques des deux pays... Les membres les plus éminents de la magistrature, des grandes corporations judiciaires, et notamment du barreau, d'anciens ministres, des membres de la Chambre et du Sénat, de hauts fonctionnaires des ministères, se rangèrent à côté du premier noyau, fourni par les professeurs de droit, pour travailler à l'œuvre commune ». Projet de Code des obligations et des contrats. Texte définitif approuvé à Paris en octobre 1927, 1929, Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, p. 6, note 1.

la valeur des nouvelles réformes, de prévoir leurs conséquences pratiques.

Le législateur devra tenir compte des théories nouvellement consacrées à l'étranger et des besoins locaux de son pays ; tout en conservant au Code son caractère essentiellement national, il ne peut ignorer ces divers éléments. Mais, pour cela, il doit commencer par les connaître ; il doit avoir à sa disposition des statistiques et une documentation suffisante.

L'information acquiert ainsi un caractère objectif et purement scientifique : elle constate et classe les faits juridiques qui lui sont fournis par la vie. Toute rédaction nouvelle des Codes devra tenir compte de l'importance de ces données ; comment, en effet, régler la matière du divorce, du contrat de mariage, sans connaître le nombre de divorces ou le régime matrimonial habituellement suivi dans un pays ; comment régler la reconnaissance des enfants naturels, la protection de l'enfance et de la mère, sans se pencher sur les statistiques réelles de la vie.

On écarterait ainsi de nos Codes des systèmes surannés¹ et on empêcherait que le législateur ne perde souvent la plupart de son temps dans des essais de lois inapplicables².

Une meilleure information paraît nécessaire, non seulement dans la rédaction de la loi, mais aussi dans celle de l'*exposé des motifs*. Nous connaissons déjà l'importance de celui-ci pour la bonne compréhension de la loi ; aussi doit-il être rédigé d'une façon plus précise et

1. Huber disait déjà que « le législateur ne s'arrogera pas arbitrairement une part excessive dans le travail de codification. Tout au contraire, il ne peut et ne doit être que l'instrument destiné à formuler les aspirations de la conscience populaire. Il les formulera dans les termes indiqués par l'état de la civilisation, par le courant des idées contemporaines, puisque aussi bien toute autre méthode empêcherait ces aspirations de se dégager et de s'exprimer nettement » (*Exposé des motifs*, p. 2) ; v. aussi Lehr, *Introduction au Code civil du canton de Zurich*, 1890, p. III.

2. V. même sens Albert Sorel, *Introduction au Livre du Centenaire*, t. I, p. XV ; discours président Baudouin, à la Société d'Etudes législatives, séance du 11 décembre 1902, *Bull. Soc. et légis.*, 1903, p. 21 ; Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit civil*, p. 417 ; Picard, *op. cit.*, p. LXXIV.

être basé sur une plus ample documentation. Son élaboration est aujourd'hui trop souvent confiée à des rédacteurs de hasard, ignorant l'emploi raisonné de la statistique et de la documentation ; de là des fautes grossières qui déparent les projets et déroutent les plus habiles¹.

Tels sont les caractères de l'information.

Des besoins de plus en plus nombreux se font jour lors de l'élaboration d'un Code ; la complexité devient souvent difficile à saisir et à régler. De là, la nécessité d'avoir des organes spécialisés pour réunir et classer tous ces faits. Quels seront ces organes ? Quelle est leur importance ? C'est ce que nous nous proposons d'examiner maintenant.

II. — MOYENS PROPRES A ASSURER UNE BONNE INFORMATION

61. Nous traiterons, dans les développements à suivre, des moyens propres à assurer une bonne information ; nous parlerons d'abord des organes intervenant en matière de droit interne, puis de ceux spécialisés en droit comparé. Cela nous paraît absolument nécessaire, car les études de droit comparé supposent des aptitudes distinctes et donnent souvent naissance à des organes spéciaux.

A. — *Organes d'information intervenant en droit interne.*

Pour faciliter l'exposé de notre sujet, nous examinerons dans une première partie les organes officiels intervenant en droit interne, puis, dans une seconde partie, les organes privés.

62. *Organes officiels.* — Nous étudierons, sous ce titre, l'information dans les Bureaux ministériels, au Parlement, au Conseil législatif, dans les Tribunaux. Nous

1. Les citer à nouveau nous paraît inutile. Aussi nous contenterons-nous de renvoyer à ce qui a été déjà dit.

commencerons par leur examen pour une double raison : ces organes ont existé en premier ; l'information a d'abord été officielle et s'est manifestée dans les tribunaux et dans les commissions créées spécialement dans ce but. Ce n'est qu'avec le développement de la vie — et par suite de l'insuffisance des premiers —, qu'apparurent les organes privés.

Ce qui nous fait aborder tout d'abord ces questions, c'est qu'elles ont été traitées, pour partie au moins, au cours de notre travail. Il nous suffira donc de quelques indications pour compléter ce que nous avons déjà dit.

a) Nous avons vu dans notre chapitre sur les « Ministres », la façon dont intervenaient les bureaux dans la réunion et le classement des documents : leur collaboration est précieuse et indispensable, car eux seuls sont outillés pour organiser des enquêtes, réunir des documents. Ces études supposent un état d'esprit spécial chez ceux qui s'y consacrent, elles exigent une vue calme et objective de la réalité. C'est ce qui explique la création de comités spéciaux et de bibliothèques près des différents Ministères.

Ils sont chargés de réunir le matériel nécessaire à la rédaction des différents projets ; ils fournissent aux ministres une ample documentation pour les projets, leurs exposés de motifs et souvent même pour leurs discours. Ces bureaux peuvent détacher des fonctionnaires pour assister les ministres dans la discussion des projets au Parlement. Cette fonction habituelle des bureaux est remplie, en Angleterre, par « le Parliamentary Counsel of the Treasury ¹ ». Grâce aux bureaux,

1. On sait déjà que ce titre existait en Angleterre dès 1833. Les fonctions qu'il recouvrait étaient cependant beaucoup plus restreintes que celles d'aujourd'hui. Aussi devait-il disparaître vers 1837 pour être remplacé par le « Home Secretary », qui semble exercer ses pouvoirs d'une façon « plus systématique et régulière ». Le Gouvernement continue cependant encore à employer jusque vers 1869 des « Conseils indépendants pour rédiger ses projets. Ce n'est qu'à cette époque, — à la suite du besoin de plus en plus ressenti d'assurer l'unité de fond et de forme dans la loi, — que fut créé « le Parliamentary counsel of the treasury », exerçant ses pouvoirs d'une façon permanente auprès du ministre des Finances. V. au sujet de tout cela et surtout au sujet de l'importance du rôle qu'il exerce en Angle-

le ministre dispose souvent, pour tous ses projets, d'une plus ample information que le Parlement¹ ; c'est ce qui explique l'importance toujours plus grande qu'acquièrent, dans la législation, les projets gouvernementaux. Les bureaux ministériels n'aident pas seulement les ministres dans l'élaboration de la loi ; les parlementaires y trouvent souvent toute la documentation dont ils ont besoin.

b) Le Parlement dispose aussi de moyens propres : on y trouve souvent *des bibliothèques*² et *des services spéciaux* ; il peut constituer dans son sein des *commissions* et les charger de faire des enquêtes sur des sujets déterminés³.

On a dû reconnaître depuis toujours que ces moyens sont insuffisants : le Parlement ne dispose ni d'organisation, ni de compétences suffisantes, pour assurer une bonne information. Sans doute, les parlementaires trouvent des moyens de documentation dans les bureaux ministériels ; mais ceux-ci sont toujours subordonnés à l'existence de bons rapports entre le législatif et l'exécutif⁴ ; ils sont souvent éventuels et à la merci des bureaux. De là, la nécessité de réorganiser l'information dans le Parlement, par la création de moyens propres, ou par la constitution d'organismes spéciaux⁵.

Nous avons déjà souvent parlé du projet Floquet et des nombreux *conseils techniques* qu'il voulait créer autour du Parlement⁶. Ce système, repris par d'autres

terre, Courtney Ilbert, *The mechanics of law making*, 1901, p. 43 et s., 65 et s., 75 et s. ; J. Barthélemy, *Le problème de l'incompétence dans la démocratie*, 1918, p. 97.

1. Harold Laski, *L'évolution actuelle du régime parlementaire*, 1928, p. 9-10 ; Joseph Barthélemy et Duez, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, 1925, p. 560.

2. V. sur le rôle informatif des bibliothèques créées auprès du Parlement, Courtney Ilbert, *op. cit.*, p. 75.

3. On sait qu'il existe au Parlement, en Angleterre, trois sortes de commissions chargées de faire les recherches officielles : a) commission royale ; b) comité parlementaire ; c) comité départemental. V. là-dessus Courtney Ilbert, *op. cit.*, p. 72.

4. V. à ce sujet Harold Laski, *op. cit.*, p. 9-10.

5. V. projet de Création d'un Conseil économique d'Etat, *Cercle d'études sociales*, 8 juillet 1916, p. 12, 18-19.

6. Dont les membres devaient être élus par la Chambre et le Sénat, sur des listes spéciales présentées par des organisations légalement constituées.

aujourd'hui¹, présente de grands avantages pour l'organe législatif : il lui assure une documentation propre sur l'ensemble des problèmes pratiques posés par la vie ; il conserve à l'information son caractère subordonné et empêche par là, à ses organes, d'entrer en lutte avec le Parlement.

Il est de beaucoup supérieur aux nouvelles tendances qui se manifestent dans tous les pays et qui tendent à créer près du Parlement un *mécanisme économique indépendant*, jouissant de pouvoirs très larges. Nous avons déjà parlé du « Conseil économique d'Empire », constitué par l'article 165 de la Constitution de Weimar et qui forme un véritable Parlement économique. Rappelons aussi l'existence en France d'un « Conseil national économique », créé en 1925², « en vue d'étudier les problèmes économiques et d'en rechercher les solutions pour les proposer aux pouvoirs publics... » Sans doute, ces organisations de travail n'ont aujourd'hui qu'un rôle purement informatif ; mais, par leur caractère de permanence, par le grand nombre de groupements qu'elles représentent, elles peuvent porter atteinte dans l'avenir à la libre volonté du Parlement. Or l'information, pour produire tous ses effets, doit conserver son caractère objectif et documentaire ; seul, le législateur peut en extraire les conséquences légales.

Si nous admettons la représentation des intérêts au Parlement, pour assurer une meilleure information lors de l'élaboration de la loi, nous croyons qu'il est absolument nécessaire que cette représentation ne domine pas dans l'assemblée. Le rôle du législateur est de s'élever au-dessus des intérêts spéciaux des groupes³ ; l'infor-

1. V. Projet Louis Marin dont nous avons déjà parlé ; v. aussi Speyer *op. cit.*, p. 82.

2. V. décret du 16 janvier 1925, *Journal officiel* du 17 janvier 1925.

3. « Au sein de chacune des classes qui coopèrent au développement économique de nos sociétés, se forme une conscience de groupe, une vision syndicale du droit, un corps de représentations collectives du juste et de l'injuste, nés de la perception des intérêts généraux du groupement et des conditions nécessaires au plein rendement de son activité sociale » (Lambert, préface au livre de Cornil, *Le droit privé, Essai de sociologie juridique simplifiée*, 1924, p. XI).

mation lui fournira sans doute les faits qu'il est appelé à régler ; il ne doit pas s'y arrêter, mais les dépasser.

Seuls, les gens à culture générale peuvent avoir cet horizon plus large, absolument nécessaire au législateur ; aussi, sommes-nous ici encore parmi ceux qui croient à la supériorité de notre régime parlementaire à tout autre régime corporatif ; si ce dernier présente des avantages au point de vue de l'information proprement dite, il peut donner naissance à des conflits inextricables. De là, la nécessité d'avoir au Parlement une majorité ne représentant pas des intérêts spéciaux de groupes, mais ceux de la nation.

Il faut reconnaître, cependant, que si notre régime parlementaire veut subsister, il doit s'assurer des moyens d'information propres. Où les trouvera-t-il ?

Certains veulent créer, au Parlement même, un *bureau de renseignements* chargé de réunir le matériel nécessaire à la rédaction des lois ; il suffirait de transformer les bibliothèques existant près des différents Parlements.

Sans doute, un tel système existe en Amérique¹, où il « fonctionne admirablement² ». Nous estimons cependant meilleur le système qui consiste à confier l'information du Gouvernement et des Chambres à un même *corps technique indépendant* ; on assure par là une ample information, avec une grande économie de frais. L'unité et la permanence d'un tel organe lui confèrent plus d'autorité et de continuité dans ses travaux d'information ; il est, par là, de beaucoup supérieur aux bureaux ministériels ou autres qu'on créerait auprès du Parlement.

Cet organe existe déjà en Roumanie : C'est le Conseil législatif roumain dont nous avons déjà parlé au chapitre spécial précédent ; qu'il nous suffise de rappeler l'importance de son rôle informatif, tant vis-à-vis des

1. Sous le nom de Legislative Reference Bureau.

2. Harold Laski, *L'évolution actuelle du régime parlementaire*, 1928, p. 19.

ministres¹ que vis-à-vis du Parlement² et des députés pris individuellement.

Quant à ses pouvoirs d'information, ils sont vraiment très larges : ils ne se limitent pas à l'étude de la jurisprudence et à celle de l'histoire du droit, à la possibilité de faire des enquêtes et d'appeler dans son sein des conseillers extraordinaires. L'article 78 de la loi oblige « les Ministères, les services publics de l'Etat, des départements et communes, et ceux reconnus d'utilité publique, d'envoyer au Conseil législatif, lorsqu'il le leur demandera, les statistiques, le matériel et tout le travail pouvant servir à l'étude d'une question ». L'alinéa 2 du même article oblige les ministres « de signaler annuellement au Conseil les manques et les vices d'organisation constatés ». Aussi, ce Conseil a-t-il déjà rendu d'éminents services, non seulement dans la rédaction habituelle, mais dans l'élaboration des Codes roumains³.

c) Il ne nous reste plus à parler que des tribunaux. Nous avons vu, dans tout ce que nous avons dit jusqu'à présent, quelle fut l'importance de leur rôle lors de la rédaction des Codes et des lois présentant un caractère d'ensemble. Cette fonction informative des tribunaux devient de plus en plus importante en la matière qui nous intéresse, celle du droit civil. Elle ne se limite pas aux cas relativement rares de la rédaction des Codes ; elle est à la base de toute élaboration de lois plus importantes : elle indique au législateur les tendances de la vie juridique ; elle lui permet de percevoir les conséquences pratiques des réformes à introduire.

Il suffit d'étudier notre jurisprudence pour discerner les lacunes des lois et les besoins nouveaux auxquels elles donnent naissance. Nos tribunaux constituent ainsi de véritables laboratoires d'information.

On a souvent voulu développer cette fonction et permettre aux tribunaux de collaborer plus efficacement à

1. V. art. 62 et s. de la loi d'organisation du Conseil législatif.

2. V. art. 66, *op. cit.*

3. V. discours déjà cités du premier Président du Conseil, M. Gane.

la révision de nos lois. L'article 86 de *la loi du 27 ventôse an VIII* chargeait le tribunal de Cassation d'envoyer, « chaque année, au Gouvernement, une députation, pour lui indiquer les points sur lesquels l'expérience lui aura fait connaître les vices ou l'insuffisance de la législation¹ ; on voulait assurer par là la révision du Code civil. Cet article qui, bien appliqué, aurait pu rendre des services inestimables, est tombé dans l'oubli ; c'est ce que constate aussi avec tristesse M. Barthélemy².

Nous trouvons une tentative analogue en *Espagne*³ ; après la codification du Code civil espagnol, l'article premier des dispositions additionnelles de ce Code obligeait « le président du tribunal suprême ou ceux des tribunaux d'appel (audensias) », de signaler au ministre des grâces « les défauts et les difficultés que leur aura révélés l'application de ce Code ». L'article ajoutait : « Ils devront y préciser avec détails les questions et points de droit controversés, ainsi que les articles et omissions de ce Code qui ont fait naître les doutes du tribunal⁴. » Ce système d'information, institué par le législateur espagnol, n'a jamais été appliqué.⁵

Telle est l'importance des tribunaux comme organes informatifs⁶ ; quoique la valeur de cette fonction ait été reconnue depuis longtemps, on n'y a pas toujours

1. Les antécédents de cet article remontent à 1790. La loi du 27 novembre 1790 disposait déjà (§ 24) que, « chaque année, le Tribunal de cassation était tenu d'envoyer à la barre de l'Assemblée du Corps législatif une députation de huit de ses membres pour lui présenter l'état des jugements rendus, à côté de chacun desquels devait se trouver la notice abrégée de l'affaire et le texte de la loi qui avait décidé la cassation ». Cette disposition fut reproduite, à peu près dans les mêmes termes, par la Constitution de 1791 (chap. V, art. 22) et par l'art. 257 de la Constitution du 5 fructidor an III. V. Rivière. De l'utilité d'une Commission permanente pour le perfectionnement des lois, *Mémoire adressé au ministre de la Justice*, p. 16.

2. Barthélemy, *Le problème de la compétence de la démocratie*, 1918.

3. Ce système existait aussi en Prusse où le juge était obligé d'indiquer au ministère de la Justice les doutes et difficultés qui naissaient de l'interprétation de la loi. Il devait aussi indiquer les lacunes observées. V. sur tout cela Savigny, t. I, § 51, cité par Rivière, *op. cit.*, p. 176.

4. V. Code civil espagnol, traduit et annoté par A. Levé, Collection des Codes étrangers, Paris, 1904, p. XXX-XXXI.

5. Professeur Viconti Santa Maria Y. de Rojas, *Bref aperçu de l'évolution du droit privé en Espagne*, 1869-1919, *Livre du Cinquantenaire*, t. II, p. 165.

6. V. Picard, *Pandectes belges*, t. VI, p. XLI ; Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, p. 84. Recueil publié à la Faculté de droit de Lausanne, à l'occasion de l'Exposition nationale suisse, Genève, 1846.

fait appel¹. Leur collaboration d'avenir à l'élaboration des lois doit devenir de plus en plus importante. Nous croyons qu'elle se réalisera par l'intermédiaire du Conseil législatif ; c'est à lui qu'il appartient d'étudier et de classer la jurisprudence des tribunaux, afin d'y trouver le matériel nécessaire aux réformes d'avenir.

Nous avons ainsi terminé avec l'examen des organes officiels d'information ; nous constatons ici encore la nécessité d'avoir un organe permanent pour réunir et classer l'ensemble des éléments fournis par l'information.

Mais la vie se complique sans cesse ; elle donne naissance à des besoins nouveaux, à des circonstances imprévues. Les constater tous devient de plus en plus difficile ; de là, l'apparition, à côté des organes dont nous venons de parler, d'organes officiels. La vie se forge ainsi elle-même des moyens propres à l'exprimer. Quels sont ces organes ? C'est ce que nous nous proposons d'examiner maintenant.

63. Organes non officiels. — Nous parlerons successivement des groupes d'études créés soit au Parlement, soit au dehors, des congrès, des sociétés d'études législatives, de la presse.

Nous avons vu dans la première section de notre chapitre le rôle de plus en plus grand de la critique individuelle dans l'élaboration des Codes ; un système rapprochant se rencontre en Amérique sous le nom de « Public Hearing² ». On assure par cette consultation, la collaboration de tous les intéressés à la rédaction de

1. Nous trouvons cependant au siècle dernier un cas important de consultation des Cours, par l'Assemblée Nationale : lors de la proposition Delsot sur « les droits de succession de l'époux survivant », l'Assemblée Nationale décida de consulter, préalablement à toute discussion, la Cour de cassation et les Cours d'appel, juin 1872. V. à ce sujet, Rapport présenté à la Cour de cassation par la commission chargée de l'examen de la proposition de loi ayant pour objet de modifier les droits de l'époux survivant. Nous tenons aussi à rappeler que lors de la rédaction du Code civil brésilien, la commission nommée par les Chambres (26 juillet 1901) pour examiner le projet, invita à prendre part aux discussions, — en plus des différents organismes scientifiques et sociaux, — « les tribunaux fédéraux et des Etats ». V. Clovis Bevilacqua, préface au Code civil brésilien. Code civil des Etats-Unis du Brésil, p. XXI, *Office de législation étrangère et de droit international*, MDCCCXXVII.

2. Harold Laski, *L'évolution actuelle du régime parlementaire*, 1928, p. 18.

la loi ; c'est le moyen le plus étendu d'information que nous puissions concevoir. Il présente cependant de grands désavantages : il nécessite une grande perte de temps et beaucoup de frais. Aussi ne peut-on l'employer que pour les projets d'une certaine importance.

a) De là la constitution, soit à l'intérieur du Parlement, soit au dehors, de groupes d'études entre les représentants des mêmes intérêts.

Il est sans doute impossible d'aborder ici une ample étude de ces groupes ; qu'il nous suffise de dire qu'ils ont un caractère purement privé ⁷² et sont chargés de l'examen des questions se rapportant aux intérêts qu'ils représentent ⁷³.

Quant à l'importance de leur rôle informatif, il se comprend facilement : comment, en effet, traiter du régime dotal, des droits de la femme sur son salaire, sur la tutelle de ses enfants, sans faire des enquêtes préalables auprès des groupes compétents. La complexité des besoins qui leur a donné naissance impose cette consultation.

Avant de légiférer sur une question, il est nécessaire de la comprendre dans son entier ; mais après l'avoir comprise, le législateur doit s'élever au-dessus des besoins des groupes. En aucun cas, l'intérêt professionnel ne peut venir en conflit avec l'intérêt général. Ainsi réduit, le rôle informatif de ces groupes est des plus importants pour la rédaction des lois ; par leurs études et

1. On rencontre souvent au Parlement, « des groupes qui n'ont pas d'existence officielle et qui sont qualifiés communément de groupes extraparlimentaires. Leur nombre est illimité, dépend des initiatives individuelles » (Barthélemy et Duez, *Traité élémentaire de Droit constitutionnel*, 1925, p. 443). Quant à « la collaboration qui peut être apportée à la Chambre » par ces groupements techniques, elle « n'est pas négligeable » (Aubert Lefas, *La réforme des méthodes du travail parlementaire*, t. II, *Revue des Sc. pol.*, t. LIII, janvier-mars 1930, p. 72). V. aussi pour les avantages et inconvénients qu'ils présentent, *ibid.*, p. 73.

2. V. là-dessus Courtney Ilbert, *op. cit.*, qui constate que « In our country as in yours (il s'agit de l'Amérique), large amounts of information are supplied by voluntary and unofficial agencies representing persons and bodies interested in the subject about which it is proposed to legislate, and any member, be he a minister or a private member, when introduced or desires to introduce a bill or to take an active part in supporting or opposing it, is sure to find himself deluged with literature... more or less valuable » (p. 72).

documentations, ils facilitent de beaucoup la tâche du législateur.

b) Tout aussi importants pour l'élaboration de la loi, sont les avis émis sur le projet, par un congrès où se réunissent ceux appartenant à une même profession. La compétence et les qualités techniques des congrès de juristes sont trop connus pour nous y arrêter longtemps ; leurs avis présentent un grand intérêt au point de vue informatif. Aussi sont-ils souvent sollicités dans l'élaboration des lois présentant une certaine importance.

C'est surtout lors de la rédaction des Codes que cet avis paraît nécessaire ; il permet l'intervention des juristes de toutes les parties du pays. Les débats publics auxquels ils donnent lieu leur assurent une ample information ¹. C'est ce qu'ont toujours compris les Etats qui préparaient l'unification de leurs Codes ².

Ces groupements présentent une grande mobilité dans leur composition ³ ; leur information est, la plupart du

1. Ces réunions de juristes ont quelquefois un caractère périodique; il en est ainsi notamment pour « les juristes des cinq pays scandinaves qui se réunissent tous les trois ans, afin de discuter les questions paraissant les plus importantes pour le moment » (déclaration du professeur Koroph à la « Sous-Commission de droits intellectuels de la Société des Nations »); R. Weiss, *La propriété scientifique*, 1929, p. 175.

2. Nous tenons à citer la création dès 1860, en Allemagne, d'une association de juristes autrichiens et allemands « Juristentag », pour préparer l'unification du droit; ce furent les premières associations de juristes, à Berlin et Dresde (1860-1861), qui adoptèrent des décisions en faveur d'un droit des obligations communes. V. Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, p. 5; Saleilles, Introduction Code civil allemand. Collection des principaux Codes étrangers, 1904, p. XII-XIII et note 1; Ces réunions existent aussi en Tchécoslovaquie, sous forme de Congrès de juristes (Juristentag). M. le professeur Lambert, *op. cit.*, rapporte que, dans le 2^e Congrès de juristes tchèques tenu à Brno (31 mai-1^{er} juin 1925), qui fut présidé par l'un des présidents de la Cour de cassation, il y eut près de 1.400 participants, représentant l'Université, le barreau, la magistrature.

3. Tel n'est pas le cas de l'« Association Nationale du Barreau américain »; cette association a des commissions qui étudient les questions à l'ordre du jour...; chaque Etat a son association du barreau qui est en contact avec les corps constitués et leur indique dans quel sens doivent être dirigés leurs efforts pour arriver à l'uniformité de législation». *The Journal of comparative legislation and international law*, 1919-1920, cité d'après le *Bull. Soc. et légis.*, 1920. V. au sujet de cette association *La commission américaine d'uniformité des lois d'Etat*, par Charles Rey, 1927, p. 43 et s.; v. aussi Déclarations du président Blount qui constatait en 192... que cette association comptait plus de 100.000 membres, *The American Bar Association Journal*, 1921, p. 53; G. Madier, L'Association du Barreau américain *Bull. Soc. légis. comp.*, 1924, p. 337-338. Nous tenons à citer aussi l'existence en Amérique de la « National Conference of commissioners on Uniform State laws ». Elle collabore au travail de l'Association du Barreau américain et a

temps, unilatérale et souvent limitée aux objets discutés. C'est le cas des professeurs appartenant à différentes Universités, qui se réunissent « en comités », dans le but de publier une série d'études et de préparer le terrain à la révision d'un Code¹.

c) Ces études d'information demandent plus d'unité et de continuité. De là, la nécessité de créer des « sociétés d'études législatives » destinées à étudier l'ensemble des problèmes que présente la vie juridique.

De telles sociétés savantes ont été créées dans tous les pays². Elles sont composées des représentants les plus

pour objet spécial, de préparer l'uniformité des lois présentant un intérêt commun pour tous les États. Son rôle informatif est des plus considérables : elle se compose de professeurs et magistrats élus par les différents États, a une organisation permanente et se réunit chaque année aux mêmes endroits que l'Ass. du Barreau; v. sur son importance et son organisation l'art. du secrétaire de cette conférence, M. Eugène A. Gilmore, *Legislative cooperation among the state*, *The American Bar Association Journal*, 1921-7, p. 74; v. aussi Charles Rey, *op. cit.*; Fr. Cosentini, *Le droit de famille. Essai de réforme*, 1929, p. 41 et s.

1. Crick Daniel, Les travaux préparatoires de la révision du Code pénal, *Rev. de Droit intern.*, 1908 : l'auteur nous dit qu'un comité fondé en 1902 fit appel à la collaboration de tous les savants allemands. « Tous ceux dont le nom compte dans la science pénale ont tenu à l'honneur de participer à l'œuvre proposée. » Il en résulta un travail de 9 vol. de 800 p. chacun, *Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts*, Berlin, 1907. Et ces neuf volumes ne représentaient que les matières comprises dans la partie spéciale... !

2. Tel est le cas des sociétés de juristes qui se sont créées en Pologne pour collaborer avec la commission de codification : a) *La Société polonaise de législation civile et criminelle*, qui soumet chaque projet de la commission à des délibérations des spécialistes et en communique les opinions. « Il est également du devoir de cette Société, de faire profiter la commission de tous les matériaux et de toutes les informations qui peuvent lui être utiles dans son travail. » b) « *La délégation permanente des associations et institutions juridiques de la R. P.* » a pour tâche de débarrasser la commission de codification du travail de formuler des notions et des opinions dans les questions de législation courante provisoire pour le Gouvernement, la Diète ou le Sénat » (discours de M. le professeur Rappoport chez le Président de la République, reproduit dans la communication de M. Babinski sur « l'état de la codification polonaise », *Bull. Soc. légis. comp.*, 1924, p. 472).

En Tchécoslovaquie, ces sociétés existent sous forme d'« Unions de Juristes » (Pravnicka Jedusta) elles sont au nombre de trois, tchèque (Prague), morave (Brno) et slovaque (Bratislava). Celle de Prague, qui a une section de législation comparée, publie un *Bulletin de droit tchécoslovaque*.

V. sur tout cela, Lambert, Les publications..., *op. cit.*, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1926, p. 175. Le rôle informatif de ces sociétés est des plus importants. V. article du professeur Stanislas Rappoport, Le problème de la codification dans la législation polonaise, *Revue internationale de droit pénal*, 1930-2 : l'auteur relève, à propos de l'élaboration de ce projet, l'appel fait « à l'opinion des autorités compétentes et des cercles professionnels » (p. 143) V. aussi Lambert, Les publications... etc., *op. cit.* « L'auteur rappelle que le premier projet de Code civil tchécoslovaque rédigé, une « supercommission » fut constituée pour faire disparaître ses contradictions et tenir compte des suggestions fournies par les divers travaux critiques auxquels l'avant-projet

plus distingués de l'Université, de juristes et de praticiens ; ceux-ci sont répartis dans les différentes sections de la société, suivant leur compétence. Des sous-sections sont chargées de réunir le matériel nécessaire, d'étudier la jurisprudence, de faire des enquêtes, de rédiger des rapports : c'est de tout ce matériel que les commissions dégageront ensuite les projets de lois.

Le but de ces sociétés consiste à aider le Gouvernement et les Chambres dans la préparation de leurs projets ; elles leur fournissent des études approfondies et une ample information sur les différentes questions de droit. Nonobstant leur caractère purement privé, leurs avis jouissent d'une très grande autorité¹ ; cela grâce à leurs qualités de compétence et de technicité.

Il ne nous appartiendra pas d'étudier dans ces quelques lignes les nombreux travaux de la Société d'études législatives française ; ils constituent une œuvre bien trop remarquable. Réunissant les sommités de la pensée juridique française, cette Société a, depuis près de trente ans, préparé par ses projets la voie de toutes les grandes réformes de droit civil. Il suffit de feuilleter son bulletin², pour voir la quantité de matériel informatif qui

avait donné lieu dans la presse juridique et tout particulièrement de celles qui provenaient de la commission des juristes slovaques créés à Bratislava, pour examiner ces textes du point de vue du droit en vigueur dans les anciens territoires hongrois » (p. 170-171).

Nous trouvons, dès la fin du siècle dernier, l'existence de telles sociétés en Suisse. La Société des juristes suisses décida dès 1884 « de provoquer une étude comparée complète des législations civiles des Etats de la Suisse, en vue de rechercher essentiellement quelles sont leurs dispositions communes et d'autre part quelles sont les divergences qui existent entre elles, les causes et les raisons d'être de ces divergences » (Mentha, Notice sur l'état des travaux préparatoires d'un Code civil suisse, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1900-1901, t. XXXI, p. 364).

V. aussi pour l'Amérique, la création en 1923 de l'« American law Institute » sa fonction est des plus importantes. Marcel de Gallaix, L'incertitude et la complexité du droit américain et la création de l'« American law Institute », *Rev. de droit international*, 1924 ; v. aussi là-dessus Lepaulle, Communication sur l'unification du droit aux Etats-Unis, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1928, p. 107.

1. Le ministre de la Justice demande souvent des avis consultatifs à la Société d'Etudes législatives. V. en ce sens *Rapport du Conseiller Tissier* sur « une demande d'avis de M. le Garde des Sceaux à la Soc. d'Etudes législatives », *Bull. Soc. Et. légis.*, 1922-1923, p. 159-160 ; v. aussi déclarations de M. Boivin-Champeaux, La navigation aérienne. Séance du vendredi 26 février 1922, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1922-1923, p. 79.

2. *Bulletin de la Soc. d'Etudes législatives* paraissent depuis 1902.

s'y trouve, la méthode employée pour le découvrir¹ et les nombreux rapports rédigés.

Si, pour des raisons politiques, les Chambres ne l'ont pas toujours suivie, il n'en reste pas moins que cette Société exerce par son autorité morale une grande influence sur le Parlement et le Gouvernement ; c'est ce qui explique les nombreux avis qui lui sont souvent demandés par le ministre de la justice², la tendance toujours plus marquée du Sénat d'attendre, avant de rédiger ses projets techniques, l'opinion de la Société d'études législatives.

La fonction informative d'une telle société ne peut que s'accroître : elle doit aider le Parlement dans l'élaboration des lois d'avenir et dans la révision des Codes³.

Avant d'aller plus loin, nous tenons à rappeler l'existence, tant en France qu'à l'étranger⁴, d'agences non

1. V. la méthode suivie par Saleilles dans la rédaction du projet sur « Les gains et salaires de la femme mariée », Ambroise Colin, Saleilles et son œuvre en législation positive, *Bull. Soc. Et. légis.*, 1913, p. 351. Cette méthode a été suivie par la Société; son Bulletin comprend trois parties, dont la seconde publie les études et documents se référant aux questions traitées en séance.

2. Aussi le Parlement attend-il souvent, pour réaliser ses réformes législatives, à connaître d'abord l'avis de la Société. V. en ce sens Déclarations des professeurs Ambroise Colin et Lévy-Ullmann, dans la « Discussion du projet de loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité française », *Bull. Soc. et légis.*, 1917, p. 28; lors de la rédaction de leurs propositions, les membres du Parlement viennent s'y documenter. V. Discours du président de la Société, M. le Doyen Berthélemy, Assemblée générale du jeudi 11 décembre 1924, *Bull. Soc. et légis.*, 1925, p. 28. Ils prennent souvent comme base de leurs projets, les travaux qui résultent des délibérations de la Société, Ambroise Colin, *op. cit.*, p. 30.

3. Après y avoir vu une manière de préparer les lois « par initiative privée », Cruet constate qu'« elle semble appelée à un fécond avenir », *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908; v. aussi H. Capitant, Introduction en Alsace-Lorraine du droit civil, *Bull. Soc. Et. légis.*, 1921, p. 173, qui propose de charger la Société de préparer le travail d'unification; v. aussi H. Capitant, *Les Transformations du Droit civil français depuis cinquante ans*, *op. cit.*, t. I, 1923, p. 70.

4. Tel est le cas des divers organismes qui s'occupent de recueillir les éléments de doctrine étrangère. On sait déjà que sur l'initiative de M. le Doyen Larnaudé, leurs représentants se réunirent en mai 1921, pour « unir leurs efforts et publier un bulletin de documentation législative et sociale (1922). Ce bulletin, qui indique 429 de ces organismes où se trouvent les recueils de lois, les décisions judiciaires et certaines publications traitant de droit public et privé, n'eut pas de lendemain; il importe aussi de rappeler l'existence de l'Institut de Hautes Etudes de la Faculté des sciences juridiques et sociales de La Plata qui a publié tout dernièrement un travail préparatoire, en vue de la révision du Code civil argentin. Metodizacion y consolidacion de leyes (*Contribucion a la obra preparatoria de la reforma de codigo civil*), La Plata, 1930.

officieuses organisées pour fournir le matériel sur des questions juridiques ou autres.

Tel est le cas aussi de nombreuses *bibliothèques privées*, créées pour faciliter les recherches ; elles constituent toutes des organes d'information importants ¹, que nous tenions à citer avant de parler de nouveaux moyens d'information.

d) *La presse*. — Nous voulons parler de la presse comme organe d'information dans l'élaboration des lois. Dans l'accomplissement de cette mission, la presse a un double rôle tout aussi important à jouer :

Elle peut constituer un organe informatif pour le public, faciliter sa compréhension de la loi, développer en lui « une véritable conscience juridique ² ». Elle peut aussi être un moyen d'information pour le Parlement, en permettant à la critique de s'exprimer.

Elle suppose, dans les deux cas, que le travail des commissions chargées d'élaborer la loi se fasse au grand jour ; elle facilite alors l'intervention de tous à l'élaboration de la loi. Cette mission, elle l'exerce surtout lors de la rédaction des Codes et des lois importantes : car ces questions passionnent et sont la cause de nombreux articles. Tous les besoins s'expriment avec une éloquence sans pareille ³.

Cette fonction informative de la presse peut aider à la bonne rédaction de la loi ; il faut pour cela que ses comptes rendus soient mieux rédigés, afin de pouvoir être compris par tous ceux qui s'intéressent aux projets. Cet idéal n'est pas encore atteint aujourd'hui : trop souvent les comptes rendus des journaux constituent de véritables pièges divinatoires pour le juriste.

Nous tenons à rappeler ici la valeur informative des *revues juridiques* ; par leurs articles de doctrine, leurs

1. Nous tenons à citer les bibliothèques des Instituts de droit comparé de Lyon et de Toulouse.

2. Quant à l'importance de cette conscience, V. Saleilles, *op. cit.*, p. 329, qui constate qu'« un peuple qui n'a pas le sens de la légalité ne peut avoir celui de la liberté, et encore moins celui de la vie publique ».

3. V. Planck, Zur Kritik des Entwurfes eines B. G. B., *Archiv...*, t. 75, p. 327.

comptes rendus de jurisprudence et leurs notes bibliographiques, elles nous fournissent continuellement un aperçu d'ensemble sur l'évolution juridique. Elles facilitent par là, pour beaucoup, la tâche du législateur ; elles lui indiquent les tendances de la vie et lui fournissent un grand matériel informatif sur tous les sujets juridiques¹.

Nous terminons ainsi notre étude sur les organes d'information intervenant en matière de droit interne. Officiels ou non, ils tendent à un même but : faire mieux connaître au législateur les réalités de la vie, les traditions, les mœurs, les besoins de ceux pour qui il légifère. La loi n'est plus ainsi le fait d'un seul, mais celui de tous : tous doivent donc intervenir à son élaboration. Ces organes d'information acquièrent de plus en plus d'importance ; cela surtout aujourd'hui où les problèmes d'unification, de révision des Codes se posent dans tous les pays. Pour être sûr de réussir, il faut commencer par connaître les coutumes, les besoins généraux et locaux de la nation ; ce n'est que par une fusion harmonieuse de ces différents éléments qu'on pourra assurer l'avenir de notre Code civil.

B. — *Organes d'information intervenant en droit comparé*

64. Pour être complet, un Code doit contenir dans ses formules les théories définitivement consacrées à l'étranger. Il y a dans le droit, comme dans toutes les sciences, des notions qui n'appartiennent plus à un pays en particulier, mais à la vie juridique générale² ; elles constituent le fond commun des diverses législations. Le droit comparé élargit ainsi le domaine d'investigation

1. Tel est notamment le cas de la *Revue trimestrielle du Droit civil* qui, par ses notes bibliographiques et jurisprudentielles, constitue en matière de droit privé, un instrument informatif de premier ordre.

2. V. Paul Gide, De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie, *Revue historique du droit français et étranger*, 1866, t. XII, p. 392-393 ; V. aussi Ambroise Colin, préface au livre de Pascaud, *Le Code civil et les réformes qu'il comporte*, p. X ; Lévy-Ullmann, De l'utilité des études comparatives, *La Revue du droit*, Québec, 1^{er} mai 1923, n° 3, p. 391-392.

du législateur. Celui-ci doit connaître les législations étrangères plus importantes sur la matière¹, les tendances principales de la jurisprudence et de la doctrine étrangères ; il doit aussi connaître les travaux préparatoires et les circonstances qui ont donné naissance à la loi. Aussi ces études de droit comparé présentent-elles de grandes difficultés².

Elles « nécessitent chez celui qui s'y adonne une préparation doctrinale et pratique des plus sérieuses, s'il ne veut pas se laisser surprendre par des analogies trompeuses ou égarer par des divergences purement superficielles³ ». De là, la création d'organes d'information spéciaux pour le droit comparé. Quels sont ces organes ? Comment fonctionnent-ils ? C'est ce que nous nous proposons d'examiner maintenant.

Se conformant à la méthode suivie plus haut, notre étude portera d'abord sur les organes officiels d'information en droit externe, puis sur les organes non officiels.

65. Organes officiels. — Nous étudierons : a) L'Office de législation étrangère et de droit international ; b) Le Conseil législatif comme organe d'information externe.

a) Office de législation étrangère et de droit international. — La complexité des études de droit comparé a toujours empêché qu'elles fussent confiées aux bureaux ministériels habituels ou à des fonctionnaires travaillant individuellement ; elles supposent, en effet,

1. V. en ce sens, Henri Capitant, La législation de la Pologne depuis sa libération jusqu'en 1928, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1929, p. 623 ; Pic, La réforme du Code civil et le nouveau Code de travail, *Revue trim. du droit*, 1911, p. 721-722.

2. « Les législateurs ne sont pas toujours suffisamment armés pour ce genre de recherches et le caractère fragmentaire des enquêtes auxquelles ils procèdent, les expose à des méprises. Ils sont trop portés à ne tenir compte que des textes officiels, sans s'enquérir des tempéraments ou des transformations qu'ils ont reçu dans la pratique et qui, dans nombre de cas, expliquent les effets. Ils n'aperçoivent pas toujours que telles ou telles règles, dont les avantages les séduisent, sont des pièces naturelles d'organismes juridiques très différents des leurs. Les travaux préparatoires des principales lois votées par nos Parlements dans ces dernières années démontrent amplement que ce ne sont pas des craintes chimériques » (Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, p. 893) ; Aucoc, Les études de législation comparée en France, *Comptes rendus de l'Ac. Sc. mor. et pol.*, 1889, p. 120-122.

3. *Ibid.* V. aussi Aucoc, *op. cit.*, p. 120.

non seulement une préparation juridique sérieuse, mais encore la connaissance approfondie des langues étrangères. De là, la nécessité de créer des organes spéciaux.

Dès avant l'apparition du Code civil français, nous trouvons, près du Ministère de la justice, « un bureau chargé de la traduction des lois de la République en plusieurs idiomes usités dans les nouvelles portions de son territoire...¹ ».

C'est cette même conscience de l'insuffisance des organes habituels qui donna naissance à un bureau de « législation étrangère ». L'initiative appartient au ministre de la justice ; dans son rapport aux consuls², il demandait l'adjonction de nouveaux membres « au bureau de l'envoi des lois », afin d'aider à « la traduction et au classement des lois en vigueur dans les différentes parties de l'Europe ». Il fallait « offrir aux législateurs le résultat de l'expérience de plusieurs nations éclairées... ; leur apprendre, d'un côté, à éviter les fautes dans lesquelles elles sont tombées et, de l'autre, à profiter de leurs découvertes dans plusieurs branches de législation qui ont atteint chez elles un degré de perfection dont la nôtre n'approche point...³ ». On trouve précisé ici, d'une façon très nette, l'importance du droit comparé pour le législateur : il élargit son horizon et lui fait profiter de l'expérience acquise à l'étranger.

Cet organe d'information paraissait d'autant plus utile, qu'on était à la veille de la rédaction du Code civil.

Les résultats obtenus par la suite ne légitimèrent pas tous les espoirs ; le bureau devait disparaître bientôt.

Après de grandes difficultés, un *comité* de législation étrangère fut créé par l'arrêté du 27 mars 1876⁴ ; ce

1. Rapport du ministre de la Justice aux Consuls de la République du 9 messidor an IX, *Moniteur universel*, germinal à fructidor an IX, p. 173, col. 3.

2. A la suite des propositions des citoyens Lermine, interprète assermenté près du Conseil des prises, et Brosselard, ex-commissaire près des Tribunaux de Paris, Rapport du ministre de la Justice aux Consuls de la République, *op. cit.*

3. *Op. cit.*

4. Cet arrêté créait « une collection de lois étrangères auprès du ministère de la Justice » (art. 1). L'art. 2 ajoutait qu'« un comité dont les mem-

comité devait veiller sur « la collection de lois étrangères » et signaler au garde des sceaux « les lois étrangères dont il lui paraissait utile de publier la traduction ¹ ».

La valeur de ce service fut par la suite de plus en plus reconnue ; on créa des comités semblables à l'étranger ². En France, ce service fut transformé, en 1908, en un *Office de législation étrangère* jouissant de la personnalité juridique ³ ; on assurait par là son autonomie et on facilitait son développement. Les attributions de ce nouvel organe se sont dès lors profondément accrues : son rôle informatif, il l'exerce d'abord vis-à-vis du public, en lui fournissant « les actes et documentations législatifs des pays étrangers », en les lui traduisant au besoin. Mais sa fonction principale consiste à fournir aux administrations publiques, aux corps judiciaires, aux commissions parlementaires, les indications sur ... les lois étrangères... ⁴ ; ... il peut en outre être consulté sur les questions de législation étrangère ... que le ministre juge à propos de lui soumettre ⁵ ».

Les moyens employés pour obtenir cette documentation sont multiples ; il suffit, pour s'en rendre compte, de parcourir l'article premier du décret du 22 août 1912 : il doit réunir, classer et accroître les actes (documents et ouvrages) de droit étranger et international ; poursuivre « la publication de la collection des principaux Codes étrangers » ; enfin, « entreprendre toutes traduc-

bres sont désignés par le Garde des Sceaux est chargé de donner son avis sur le mode de formation de cette collection et de veiller au classement n à la conservation des documents qui doivent y figurer». L'arrêté était iziéé par le ministre de la Justice Dufaure, qui fut un des fondateurs de la Soscéts de législation comparée.

1. *Op. cit.*

2. V. Aucoc, Les études de législation comparée en France, *Comptes rendus de l'Académie des Sc. morales et politiques*, 1889, p. 117-118.

3. « L'art. 46 de la loi des finances du 26 décembre 1908, introduit sous forme d'amendement par M. Charles Dumont, a transformé le service de la Collection des lois étrangères en un Office de législation étrangère et de droit international, relevant directement du ministère de la Justice, investi de la personnalité civile » (Dubois Joseph, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur l'organisation et les travaux de l'Office de législation étrangère et de droit international, 1876-1920, 1920, p. 17).

4. V. art. 1^{er} du décret du 22 août 1912.

5. *Op. cit.*

tions et tous travaux se rattachant à la législation comparée¹ ». Pour coordonner l'ensemble de ses travaux, il doit « établir des relations avec les administrations, les assemblées et institutions scientifiques de France et des autres pays² ».

Nous avons ainsi terminé notre étude sur le fonctionnement de l'Office de législation étrangère. Les résultats obtenus par lui sont des plus satisfaisants : sa bibliothèque, — l'une des plus riches en droit comparé, — réunit les principaux ouvrages et revues étrangères ; elle assure une documentation complète et suivie sur l'ensemble du mouvement législatif ; en confiant la traduction du Code civil allemand à une commission de juristes distingués, en l'accompagnant de notices précises et nourries, il a facilité la compréhension du droit allemand. Par ses « consultations » et « indications », il collabore au travail législatif et facilite la documentation des organes qui en sont chargés.

b) Telles sont les attributions informatives de notre Office. Elles sont exercées dans certains pays par le Conseil législatif³. Ce système est-il le meilleur possible ?

Sans doute, les études d'information deviennent de plus en plus complexes ; celles du droit comparé exigent des connaissances spéciales de langage. Mais, en réunissant l'ensemble de l'information dans un seul corps, en le soumettant à une même méthode de travail, on obtient une grande économie de temps et de frais.

Le Conseil législatif pourra, d'ailleurs, avoir parmi ses membres quelques-uns spécialement chargés des études de droit comparé ; on assurerait, par là, une compétence suffisante aux études informatives, tout en maintenant une unité de vue et de direction. Car, ne n'oublions pas, le Conseil législatif a comme fonction principale de veiller à la bonne rédaction des lois ;

1. Dubois Joseph, *op. cit.*, p. 19.

2. *Ibid.*

3. Tell est le cas du Conseil législatif roumain dont nous avons déjà parlé.

dans l'accomplissement de cette tâche, il doit diriger lui-même l'information, aussi bien en droit comparé qu'en droit interne ; cela lui assure plus d'indépendance dans ses mouvements, plus de rapidité dans l'obtention de bons résultats.

C'est pourquoi, nous croyons nécessaire de réunir dans un seul organe l'ensemble de ces études. Cela nous paraît d'autant plus utile que seul un tel organe aurait l'autorité suffisante pour assurer la continuité dans ces travaux et pour maintenir des rapports constants avec le Ministère de la justice et les sociétés de droit comparé des divers pays.

On éparpille aujourd'hui trop souvent les mêmes travaux entre un grand nombre d'organes officiels, entraînant par là une perte de temps et des frais inutiles. Nous terminons ainsi notre étude sur les organes officiels d'information en droit comparé.

66. Organes non officiels. — Nous avons vu, dans notre section précédente, la nécessité qu'il y avait à concentrer l'ensemble des études d'information dans un organe unique, jouissant d'une autorité et d'une indépendance suffisantes. Cette unité d'organes contraste avec la multiplicité que nous rencontrerons maintenant.

a) Société d'études législatives. — Le rôle informatif de cette Société n'est pas limité au droit interne ; dans la préparation des projets plus importants, chaque section délègue une sous-section et la charge de réunir le matériel étranger en la matière. Aussi, suffit-il de parcourir le bulletin de la Société pour obtenir une ample documentation du droit comparé sur les questions traitées.

b) Nous tenons à mentionner aussi les nombreuses bibliothèques privées et les centres de documentation : par les nombreux ouvrages et revues étrangers qu'elles contiennent, elles constituent souvent des moyens très importants d'information ¹.

1. Tel est le cas de la Fondation Carnegie et des Instituts américain et polonais existant à Paris.

c) La Société de législation comparée. — Nous arrivons ainsi à l'organe le plus perfectionné de documentation étrangère que nous connaissions ; créé dès 1869¹, son importance ne fit que grandir par la suite² ; de nombreuses sociétés similaires furent fondées à l'étranger³. C'est que l'intérêt des études du droit comparé apparaît de plus en plus clairement au législateur ; en l'absence d'organismes officiels, des sociétés savantes devaient d'abord seules subvenir à cette tâche. Le législateur n'est intervenu souvent qu'après, pour renforcer l'initiative privée⁴.

Le but de cet organisme est, non pas « de fournir au législateur des projets de lois tout rédigés, mais seulement des documents préparés avec une méthode rigoureuse et dont il puisse se servir en toute sécurité⁵ ».

1. Elle eut pour premier président Laboulaye et comme secrétaire-trésorier Alex. Ribot.

2. En 1923, les filiales de la Société se constituèrent en province ; un groupe d'études de droit comparé, sous la présidence de M. le professeur Carré de Malberg, fut créé le 26 janvier 1923, près de la Faculté de Strasbourg ; le 26 février suivant à Lyon sous la présidence de M. le Doyen Josserand et ayant comme secrétaire général M. le professeur Edouard Lambert.

3. Tel est le cas de la « Society of comparative legislation » d'Angleterre, fondée par Courtney Ilbert en 1894 et qui a déjà fêté ses 25 années d'existence le 18 décembre 1919. V. *Bull. Soc. légis. comp.*, 1920. L'organisation de cette Société est copiée sur la Société similaire française ; elle s'est contentée cependant pendant longtemps « à grouper et comparer les lois coloniales, en abandonnant presque entièrement les lois étrangères ». V. *The law Times* du 17 octobre 1908 reproduit par le *Bull. Soc. légis. comp.*, 1908-1909, p. 128-129.

En Amérique, un « Comparative law Bureau » a été fondé en 1907 par « The American Bar Association » ; ce bureau est chargé des études de droit comparé et de la traduction des principaux Codes étrangers ; il publie depuis 1908 (1^{er} juillet), un *Bulletin* annuel. Ce bulletin se compose de deux parties : la première se réfère aux principaux pays d'Europe ; la deuxième partie, aux pays d'Amérique, Asie, Chine, Japon ; on y trouve la mention et la traduction des lois plus importantes et même des principales décisions judiciaires, des comptes rendus sur les ouvrages de droit comparé et des revues juridiques apparues à l'étranger ou en Amérique. V. *Bull. Soc. légis. comp.*, 1909, p. 339, p. 106. Les études de droit comparé acquièrent en Amérique une importance de plus en plus grande : aussi le 24 février 1925, une nouvelle Société fut créée (l'American foreign law association) dans le but de favoriser la compréhension et la pratique du droit étranger, du droit comparé et du droit international privé..., de coopérer activement avec des Sociétés savantes qui poursuivent les mêmes buts, telles que le Bureau de droit comparé de l'Association du Barreau américain, la Société de législation comparée, etc., *Bull. Soc. légis. comp.*, 1926, p. 321.

Nous tenons à noter encore l'existence d'une société roumaine de législation comparée fondée le 30 mars 1924.

4. Ce fut le cas pour la France où le comité de législation étrangère ne fut créé, qu'après la fondation de la Société poursuivant les mêmes études.

5. Alex. Ribot, l'iscours prononcé à l'occasion du cinquantenaire de la société de législation comparée, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1923, p. 115.

Quant aux moyens employés pour y parvenir, ils sont multiples ; nous nous proposons de les examiner, en prenant pour base de nos études la *société de législation comparée française*. Cette Société publie annuellement un *Annuaire de législation étrangère* et un *Bulletin de législation comparée*. Elle entretient à ses frais une bibliothèque de droit étranger, l'une des meilleures que nous connaissions.

x) Annuaire de législation étrangère. — Ce travail a pour but de fournir une vue générale sur le mouvement législatif étranger ; il mentionne, à cette fin, la totalité des lois et décrets qui y sont publiés. Des notices générales contiennent souvent la traduction même ou une analyse très développée des lois plus importantes. Grâce à la compétence de ceux qui les rédigent, ces notes présentent un grand intérêt informatif ; elles « renferment une mine inépuisable de lois étrangères¹ ». En plus de l'annuaire dont nous venons de parler, la Société publie un bulletin.

y) Il constitue son meilleur instrument informatif ; ce bulletin nous indique la façon dont se divise la Société pour obtenir le maximum de compétence dans ses travaux². Il publie, immédiatement après leur apparition, le titre des principales lois et décrets promulgués en France et à l'étranger ; il assure par là le maximum de rapidité dans l'information. Il contient enfin les communications faites à la Société sur les principaux mouvements législatifs des différents pays.

Le bulletin et l'annuaire se complètent mutuellement : le premier, par une vue générale sur l'ensemble de la vie juridique au delà des frontières. Il permet de percevoir les tendances principales de la doctrine et quelquefois même celles de la jurisprudence, de connaître les divers ouvrages de droit comparé, parus tant en

1. Larnaude, rapport au ministre de la Justice. L'unification de la législation, 1928, p. 28.

2. Elle se divise en quatre sections : *a)* de langue anglaise ; *b)* de langues du Nord ; *c)* de langues du midi et de l'Orient ; *d)* de langue française.

France qu'à l'étranger ; le second, en développant, par des analyses et des références, les notions législatives nécessairement limitées, contenues dans le bulletin. Ils constituent pour le législateur des moyens de documentation inestimables.

Les résultats obtenus jusqu'à ce jour sont des plus satisfaisants ; par le grand nombre d'ouvrages publiés, par les hautes compétences qu'elle contient, elle constitue l'un des centres informatifs de droit comparé des plus importants. Elle collabore au travail du Parlement en lui faisant connaître la législation étrangère. Mais son intervention s'est surtout manifestée à l'occasion de deux faits d'une importance primordiale pour les études de droit comparé.

1° En collaboration avec le comité de législation étrangère, elle a entrepris la publication des principaux Codes étrangers, les « a traduits et précédés d'introductions, accompagnés de notes, qui constituent de véritables travaux doctrinaux très approfondis, de vocabulaires...¹ ».

2° Elle a préparé, « d'accord avec les comités étrangers de l'union législative, la révision et l'unification des dispositions du droit civil et commercial, relatives aux obligations et aux contrats² ».

Telles sont les attributions principales de notre Société ; elle intervient souvent dans la préparation des congrès de droit comparé et élargit alors le domaine de l'information. Nous passons ainsi au dernier facteur dont nous voulions parler au cours de cette sous-section.

d) Les congrès de droit comparé. — Ces congrès réunissent l'unanimité des sociétés savantes des divers pays³ ; elles sont l'occasion de grands débats sur les

1. Larnaude, rapport au ministre de la Justice. L'unification législative, 1928, p. 28.

2. *Ibid.*, p. 37.

3. V. Congrès de Droit international tenu à Paris en 1900. V. aussi pour le Congrès préparé par l'Académie de Droit international de La Haye, les déclarations de M. le professeur Balogh, Académie de Droit international de la Haye, 5^e session, 31 juillet, 1^{er}, 2 août 1929, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1929, p. 547.

questions juridiques à l'ordre du jour. Par les différentes solutions émises dans la discussion, par les rapports et travaux des différentes sections, par les avis qui en résultent finalement, ils constituent un organe informatif d'un très grand intérêt.

En rapprochant des opinions et textes distincts, ils préparent l'unification du droit.

C. — *Organes d'information intervenant en droit international* ¹.

Nous passons ainsi aux derniers organes d'information que nous nous étions proposé d'examiner : Institut international de droit privé ; Académie internationale de droit comparé ².

67. *Institut international de droit privé.* — Cet institut, fondé par la Société des nations ³, à la suite de l'initia-

1. Le désir d'avoir des organes internationaux permanents, chargés des travaux de droit comparé, a été depuis longtemps ressenti. Les études comparatives, — surtout en matière de droit privé, — présentent souvent une telle complexité, que seule la collaboration des différentes sociétés de savants peut y suffire. Le Congrès international de droit comparé, réuni à Paris en 1900, émit avant de se séparer, le vœu qu'une commission permanente fût créée; elle devait se composer : « 1° Des membres élus par le Bureau de la commission d'organisation du Congrès de droit comparé de 1900, — à raison d'un membre par pays représenté à ce Congrès; 2° Des membres choisis par la Commission permanente pour chacune de ces sociétés » (Saleilles, *Rapports généraux sur les travaux du Congrès, séance générale de clôture du 4 août 1900, procès-verbal. Congrès international de Droit comparé de 1900-1*, p. 154).

Quant à l'objet de cette commission, elle devait : 1° « ...centraliser les textes des lois et s'il est possible, ceux des décisions judiciaires des différents pays et... en assurer la publicité; 2° ...favoriser, en certaines matières, si elle semble réalisable, l'uniformité des législations; 3° ...convoquer, s'il est utile, des congrès ayant pour objet l'examen de ces différentes questions » (Saleilles, *op. cit.*, p. 153). A la suite de discussions, cette commission ne fut pas créée; on confia à la Société de législation comparée, l'ensemble de ces travaux. Si nous avons cependant cité ce vœu, c'est parce que nous y trouvons en germe les attributions des deux organes dont nous allons maintenant parler.

2. Nous tenons aussi à citer comme organe international d'information et d'étude : « l'Institut international de coopération intellectuelle », créé par le gouvernement français en 1925, auprès de la « Commission internationale de coopération intellectuelle » de la Société des Nations. V. sur la façon dont il exerce son rôle informatif, « La propriété scientifique » de Raymond Weiss, *éd. Inst. international de coopération intellectuelle*, Paris, 1929, p. III.

3. En 1926. V. comptes rendus sur « l'Institut international pour l'unification du droit privé », publiés dans la *Revue du Droit international*, 1926, p. 577-579.

tive du Gouvernement italien ¹, a pour objet « d'étudier les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé entre les Etats et de préparer graduellement, en ce domaine, l'avènement d'une législation uniforme ². Il est dirigé par un conseil de direction qui fixe les matières à examiner ; il peut, dans ce but, recevoir toutes propositions de la part des différents Etats ou des associations juridiques internationales. Il fait examiner les questions spéciales par des commissions de juristes et en réfère au Conseil de la Société des nations ³.

Telle est la fonction de cet Institut qui a pour but de réunir le matériel nécessaire à l'unification du droit ⁴.

58. *L'Académie internationale de droit comparé.* — Cet organisme a aussi pour but de poursuivre des études en vue du rapprochement des différentes législations. Dès sa première session, il constitua dans son sein une commission ⁵, chargée de confectionner un vocabulaire juridique ⁶. Il confia en même temps à son bureau la rédaction « d'une collection d'exposés généraux de doctrine, résumant pour chaque pays les principes fondamentaux de droit civil et de droit commercial devant servir de base au rapprochement systématique des législations, à l'édition des Codes comparés ⁷ ».

Les exposés de doctrine et la fixation du sens des mots juridiques sont des facteurs informatifs nécessaires à la connaissance des différents droits ⁸ ; les premiers don-

1. *Ibid.*

2. *Ibid.*, p. 580.

3. *Ibid.*

4. Il a pour objet principal, lisons-nous dans l'art. 11 de ses statuts, de « travailler à l'étude du droit comparé sur la base historique et à l'amélioration de la législation dans les divers pays — particulièrement en matière de droit privé », *Bull. Soc. légis. comp.*, 1924, p. 493.

5. Commission n° 4, sous la présidence du professeur de Bustamante. V. extraits des procès-verbaux de la 1^{re} session ouverte le 31 juillet, 4 août 1925, La Haye. *Bull. Soc. légis. comp.*, 1925, p. 475.

6. Afin de « déterminer les équivalences des termes juridiques dans les langues française, allemande, anglaise, espagnole et italienne », *Bull. Soc. légis. comp.*, 1925, p. 475.

7. Extrait des procès-verbaux, 1925, *op. cit.*, p. 476.

8. V. Lévy-Ullmann, Projet de confection d'une collection d'exposés généraux de doctrine, résumant sur un plan uniforme les principes fonda-

nent une vue d'ensemble sur les systèmes juridiques suivis : ils permettent de saisir plus facilement les différences et les rapprochements existant entre eux¹. Les seconds nous font comprendre le sens précis des dispositions juridiques.

L'unification du droit et surtout celle des Codes nécessite encore d'autres études informatives : un Code n'est pas seulement le résultat des travaux doctrinaux présents, il a tout un passé historique ; il consacre le travail de la jurisprudence.

Aussi, l'Académie demanda-t-elle à chacun de ses membres de lui fournir un plan concernant les sources du droit positif actuel dans son pays. Ce n'est qu'à la suite de la rédaction de ces différents rapports², que l'Académie aura à sa disposition le matériel nécessaire pour entreprendre ses travaux de synthèse. Elle chargea cependant, dès 1928, une cinquième commission, d'études « en vue de la confection d'un modèle de Code de droit privé comparé³ ».

Tels sont les importants travaux d'information entrepris par l'Académie internationale de droit comparé ; ils dépassent par leur valeur tous ceux dont nous avons

mentaux du droit civil et du droit commercial dans les différents pays. Résolutions soumises à l'Académie internationale de Droit comparé, session de 1926, séance du mardi 17 août. Extrait des *Acta Academiae universalis jurisprudentiae comparativae*, vol. I, 1928, p. 38-39.

1. Quelles sont enfin les formules les plus aptes à exprimer le contenu de la loi.

2. Le plan proposé par le bureau de l'Académie, pour servir de base aux rapports exigés des différents pays, présente un intérêt informatif considérable. La deuxième, la quatrième et la cinquième partie, se référant respectivement à « la législation écrite », « aux décisions judiciaires » et aux « livres de droit », méritent surtout d'arrêter notre attention ; il suffit de les lire pour s'en rendre pleinement compte (v. Académie internationale de droit comparé, 1927, Appendice I, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1927, p. 507 et s.). Ils constituent une demande de documentation complète, sur la procédure suivie dans la rédaction et la révision des Codes, sur le rôle des différents organismes intervenant à cette élaboration, sur les principales décisions judiciaires et sur la façon dont fonctionne l'interprétation des lois. Ce qu'il importe surtout de noter, c'est l'importance attribuée aux principales publications de droit privé (voir § 4 de la 2^e partie, § 4 de la 4^e partie), tant en matière de droit écrit que de jurisprudence ; leur rôle informatif, — comme nous l'avons déjà souvent dit, — devient en effet de plus en plus grand : grâce à elles, grâce aux indications bibliographiques des principaux ouvrages et revues juridiques, l'Académie internationale de Droit comparé possédera l'instrument informatif le plus complet qu'on puisse concevoir.

3. Académie internationale de droit comparé de La Haye, procès-verbaux de la session 1928, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1928, p. 623.

parlé jusqu'à présent. Le domaine de la documentation s'étend ; il n'est plus limité à un seul pays, mais comprend tous les Etats jouissant d'une même civilisation ¹.

69. Nous avons ainsi terminé avec notre étude sur l'information. D'abord limitée, elle s'élargit de plus en plus ; elle demande l'intervention d'un nombre toujours plus considérables d'organes. Par les statistiques et matériaux qu'elle fournit aux législateurs, elle lui permet de se conformer aux réalités sociales, de les comprendre avant de les réglementer ; elle facilite des rapprochements et des comparaisons de textes et de droits différents et trace ainsi la voie vers une unification plus générale d'avenir...

Elle constitue de plus en plus « le facteur même du mécanisme législatif ² » ; aussi, avons-nous placé l'étude de son fonctionnement à la fin de notre titre sur « la Technique législative externe ».

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet de la technique législative externe ; nous avons essayé de marquer, au cours de ces quelques chapitres, la façon dont fonctionnent les différents rouages intervenant dans la rédaction de la loi, leurs lacunes et les

1. V. résolution de la sous-commission D de la Commission Internationale de Jurisconsultes Américains (20 mai 1927) demandant la nomination « en dehors du Barreau ou Commission que l'on doit créer pour l'étude du droit comparé et pour l'unification des lois », — « d'une commission composée de trois jurisconsultes versés dans les législations civiles des pays d'Amérique afin qu'ils procèdent à l'étude de ces législations et publient le résultat de leurs travaux. Elle établirait, en outre, un projet de législation civile uniforme pour les pays d'Amérique, notamment de l'Amérique latine ; aussi bien, chercherait-elle les meilleurs moyens pour obvier aux inconvénients résultant de la diversité des législations, là où elles présentent un caractère irréductible » (Rapport du professeur Alex. Alvarez sur l'unification du droit privé américain cité dans *Le droit de famille. Essai de réforme*, par Fr. Consentini, 1929, p. XIII) ; v. aussi Résolutions de la 6^e Conférence pan-américaine (La Havane, 1928), *op. cit.*, p. XIV et s.

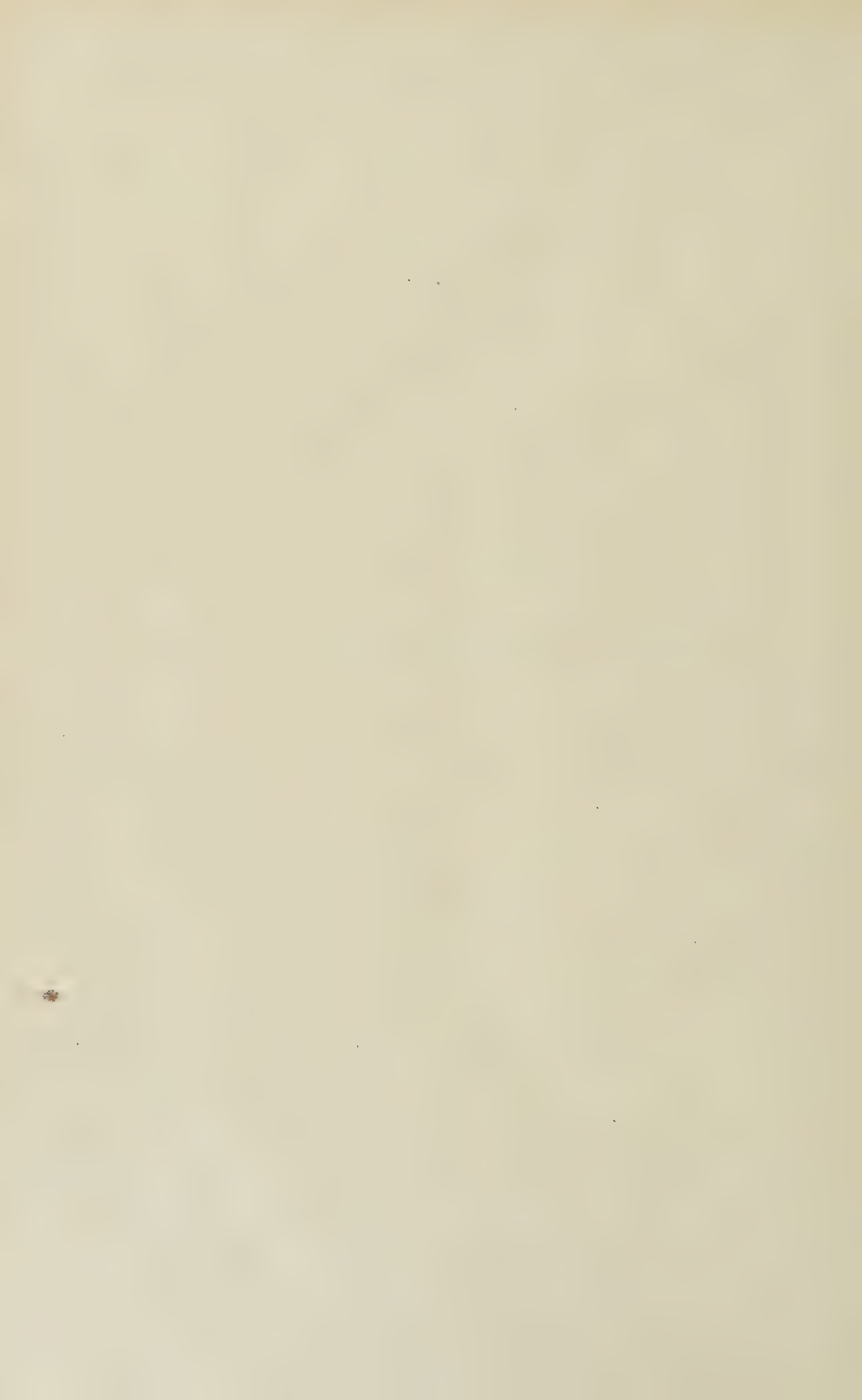
Nous tenons aussi à noter ici le projet émis quelquefois, de créer une « commission permanente », en vue de maintenir l'unification du droit une fois établie. Cette commission, « composée de magistrats, hommes politiques », serait « chargée spécialement de suivre les mouvements de l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle, d'en soumettre les données à un examen critique et de faire au moins annuellement un rapport détaillé aux gouvernements des peuples unifiés » (Larnaude, *L'unification législative entre la France et l'Italie*, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1930, p. 154).

2. Saleilles, *Introduction au droit civil allemand*, 1904, p. 26.

améliorations à y apporter. L'intérêt de ces questions pour une étude de technique législative nous paraît indiscutable ; c'est d'elles que dépendra pour beaucoup la bonne qualité de la loi. Aussi, leur examen devait-il précéder nos développements suivants qui porteront sur la technique législative interne.

LIVRE III

Technique législative interne



GÉNÉRALITÉS

70. Nous avons dit, au cours de notre premier livre, que la technique législative interne était l'ensemble des règles, des procédés employés par le législateur pour exprimer la réalité mouvante de la vie ; son but se confond ainsi avec celui de la technique législative en général.

C'est ce qui explique que les très rares travaux ¹ qui traitent de notre sujet, lui consacrent la plupart de leurs développements ; la comparant à la technique législative externe, ils constatent que « le côté substantiel ou interne » de la technique législative est « d'une valeur autrement fondamentale, parce qu'il a trait, de quelque façon que soit constitué et fonctionne son organe créateur, au contenu même de l'œuvre législative ² ».

Nous nous garderons bien de contester ce fait ; il nous a semblé, cependant, que les problèmes posés par la technique législative externe étaient suffisamment importants, pour nécessiter de plus amples discussions. L'ensemble de ces questions prend de jour en jour plus d'importance. Elles nous indiquent les conditions dans lesquelles il faut placer le législateur pour assurer le meilleur rendement possible. Aussi avons-nous consacré à leur étude tout un livre.

Mais si ces questions présentent de l'intérêt dans un ouvrage de technique législative, elles ne l'ont que dans la mesure où elles facilitent la rédaction de la loi. Comment se fait cette rédaction ? Quels sont les différents

1. V. Génv, *La technique législative, Livre du Centenaire*, t. II, 1904, p. 988 et s.; Zitelmann, *Die kunst der Gesetzgebung*, 1904; Alfredo Colmo *Tecnica legislativa del codigo civil argentino*, 2^e éd., 1927.

2. Génv, *op. cit.*

éléments qui y interviennent ? C'est ce que nous dirons au cours de nos chapitres suivants.

A côté de ces éléments de forme, il y en a bien d'autres appartenant à la technique législative interne. Tout Code comprend, en effet, dans sa composition, des facteurs politiques, sociaux, économiques, juridiques ; il est soumis à certaines règles de fond. Quelle est la valeur de ces différents facteurs ? Quelles sont les règles à suivre ? Voilà un ensemble de questions que nous nous proposons d'étudier en premier lieu, car elles touchent d'une façon profonde à la nature même de la loi.

Mais, avant de les aborder, une question préalable demande à être résolue : quelle est la valeur d'un Code ? Cette question formera l'objet de notre premier chapitre de technique législative interne.

Nous examinerons ensuite, dans les chapitres suivants de cette même partie de notre livre, *les éléments de fond* intervenant dans la rédaction d'un Code. La deuxième partie de ce livre sera consacrée à l'étude des procédés proprement dits de technique législative interne.

Tel est l'ensemble des problèmes que nous nous proposons d'examiner au cours des développements qui suivront. Leur simple énoncé suffit pour en marquer toute l'importance ; la connaissance de ces différents éléments est absolument nécessaire à la bonne rédaction d'un Code ¹. Ils constituent son armature externe et lui confèrent un cachet tout personnel. La technique interne d'un Code varie, en effet, avec le degré de civilisation du peuple qu'il est appelé à régir ². C'est cette diversité qui empêche surtout l'unification des différents Codes.

Certes, il faut reconnaître, avant de conclure, que des idées trop précises en cette matière nous paraîtront souvent impossibles. Car la technique législative interne est

1. Nous le verrons par la suite d'une façon plus approfondie, en étudiant successivement chacun d'entre eux.

2. On conçoit en effet facilement, dès maintenant, que le caractère plus ou moins général des textes et les pouvoirs qui en résultent pour le juge, seront en fonction du développement culturel et moral de l'organe appelé à appliquer la loi.

avant tout un art. Aussi, appartient-il au législateur de modeler les différents éléments fournis par la technique législative, suivant les besoins de la vie ; mais, pour pouvoir les modifier, il faut commencer par les connaître. De là tout l'intérêt de notre étude...

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

NÉCESSITÉ D'UN CODE

71. Nous nous proposons de commencer cette première partie de « la Technique législative interne » avec un chapitre portant sur la nécessité d'un Code. Cela nous paraît d'autant plus nécessaire que nos développements antérieurs nous ont déjà fait concevoir l'importance qu'acquiert, en matière de Code, l'ensemble des procédés techniques. On y peut résoudre, d'une façon plus complète qu'en « législation fragmentaire », les problèmes que pose notre sujet. Ce travail est une étude de technique législative en matière de Code civil ; il est donc normal de commencer par nous demander quel est l'intérêt que présente sa rédaction.

Est-il vraiment nécessaire au développement du droit et ne constitue-t-il pas un obstacle à la libre évolution juridique ? Ces questions, qui semblaient avoir été définitivement résolues¹, présentent à nouveau de l'intérêt : des problèmes de révision, d'unification du droit se posent aujourd'hui presque partout. Comment se fera cette unification dans les pays nouvellement constitués ? Est-ce par l'intermédiaire d'un Code, ou bien, ne vaudrait-il pas mieux écarter ces entraves qui empêchent le droit d'évoluer suivant les besoins de la vie ? N'arriverait-on pas plus facilement à un droit commun

1. Voir Gény, *Technique législative. op. cit.*; même sens, Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière, Comptes rendus de l'Ac. des Sc. morales et politiques*, 1886, t. II, p. 155.

unitaire ? En cas d'affirmative, on conçoit le peu d'intérêt que présente notre ouvrage.

Mais si, comme nous le croyons d'ailleurs fermement, un Code civil est absolument nécessaire pour revêtir d'une forme unique le droit privé, aujourd'hui distinct, d'un même pays, nos développements acquièrent par là même une valeur pratique incontestable.

Voilà un ensemble de questions que nous nous proposons d'étudier dans ce chapitre. Nous essaierons aussi de montrer que, loin de tarir les sources de la doctrine et de la jurisprudence, la rédaction d'un Code leur donne un nouvel essort. La question de la nécessité d'un Code une fois résolue, nous examinerons, à la fin de ce chapitre, les moyens d'assurer sa conformité aux besoins changeants de la vie.

72. « La codification est le fait de réunir, en un recueil appelé Code, un ensemble de lois se rapportant à une branche importante de la législation ¹. »

Il ne faut pas confondre la codification avec l'unification ² : ces deux notions vont souvent ensemble, mais ne se supposent point ; il peut y avoir unification sans qu'il y ait codification des lois ³. Mais, comme la codification entraîne toujours après elle l'unification des lois ⁴, on emploie souvent le même terme pour désigner les

1. Glasson, article sur « La codification », *Grande Encyclopédie*, t. XI, p. 312, col. 1.

2. L'unification consiste en un état de fait; elle exige que le droit soit le même sur un territoire quelconque, le plus étendu possible. Elle peut s'accomplir, sur un petit territoire, par la voie de la coutume ou de la jurisprudence; elle peut être imposée par la force, ou par la rédaction officielle des coutumes. Cela est beaucoup plus difficile pour un grand pays.

3. Voir dans ce même sens Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit civil*, 1906, p. 318 : « l'idée d'unification du droit touche de près à celle de la codification »; Planiol, *Traité de droit civil*, 1928, t. I, p. 7; Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. I, p. 10, croit que « l'unification législative n'est pas le propre de la codification » : elle est due « à des circonstances accidentelles, qui ont accompagné l'éclosion de la plupart des Codes modernes », et il ajoute que dans les pays à législations multiples, « la codification n'a pas toujours établi l'unité ». Tel fut le cas de l'Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten de 1794, qui laissa leur autorité aux droits locaux et ne s'imposa à eux que subsidiairement; voir aussi Code civil espagnol du 24 juillet 1889.

4. V. même sens Lévy-Ullmann, *Le droit écossais*, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1924, p. 48.

deux notions. Ce qui caractérise la codification, c'est la systématisation, l'arrangement logique du matériel auquel elle s'applique ¹.

Elle n'intervient qu'à un moment avancé de l'évolution juridique. Tout en innovant, la codification consolide alors un état de choses préexistant ; car « c'est dans les Codes que se condense et s'organise le droit créé par la vie juridique d'un peuple ² » ; le droit national s'y révèle et prend conscience de lui-même ³. Tel fut le cas pour le Code civil français, qui devait consacrer dans ses formules les résultats du mouvement juridique de la fin de l'ancien régime et de l'époque révolutionnaire ⁴.

Souvent aussi, lors des grandes productions législatives, on codifie pour simplifier le droit ⁵. Il devrait en être ainsi à notre époque ; nous avons dit souvent qu'elle se caractérisait par un trop grand nombre de dispositions émanant du pouvoir législatif ⁶ ; il suffit de consulter

1. Voir Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. I, 1919, p. 23; Aucoc, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1874, p. 371; Alvarez, *Nouvelles conceptions des études juridiques*, 1904, p. 288; c'est ce que constate aussi M. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé* (1911) qui trouve dans « la systématisation » un critère de distinction entre les lois codifiées et les lois spéciales. — Il faut d'ailleurs, comme nous le verrons plus tard, se garder d'un arrangement trop méthodique dans le Code. Cela pourrait entraver la libre évolution du droit « en imposant à la pensée des jurisconsultes un ordre plus ou moins artificiel, qu'ils sont presque contraints d'adopter et qui tue l'esprit scientifique ». Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1922, p. XI et XII.

2. V. Bertrand, *loc. cit.*, p. 10; Gény, La notion du droit positif au XIX^e siècle, *Revue intern. de l'Enseign.*, 1901, t. XII, p. 16; Guillemet, *La procédure parlementaire et les codifications*, thèse Paris, 1903, p. 10.

3. Bertrand, discours de rentrée à la Cour de Cassation, 1888, p. 10.

4. C'est ce que constate aussi Batbie, *Révision du Code Napoléon*, 1866. Parlant du Code civil français, l'auteur ajoute : « il fit revivre d'anciennes dispositions, et les associa dans un même fait avec intelligence, aux principes de la révolution. » *Revue critique de lég. et de juris.*, p. 126; voir aussi le discours du président Baudouin, à l'occasion du Centenaire du Code civil, Centenaire du Code civil et le Comité du Centenaire, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 391.

5. « Débarrasser la législation des parties mortes, mettre en harmonie, faire concorder les parties conservées en leur donnant une consécration et par là même une vie nouvelle, voilà l'œuvre qui doit être accomplie à certaines époques par le législateur, et en quoi consiste principalement, je ne dis pas exclusivement, la codification » (Ginoulhiac, *De la codification et de son influence*, Mémoire présenté à l'Académie de Toulouse, 1861, p. 423); voir aussi même sens, Portalis cité par Ginoulhiac, *op. cit.*, p. 454; Lévy-Ullmann, rapport sur le projet de loi portant refonte des textes relatifs à l'acquisition et à la perte de la nationalité française, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1917-1918, p. 256; J. Van Kan, *Les efforts de codification en France, Etude historique et psychologique*, 1929, p. 34 et s., p. 288 et s.

6. Fabreguettes, *Logique judiciaire*, 1926; Voir aussi bibliographie déjà citée; « Les transformations rapides et profondes qui, sous nos

nos recueils de lois pour voir comment, sur un même objet, s'enchevêtrent souvent un grand nombre de lois contradictoires.

De là une véritable désharmonie donnant lieu aux pires confusions. Aussi conçoit-on facilement que la plupart des juristes¹ demandent à codifier aujourd'hui cet ensemble, afin d'en élaguer les parties inutiles ou nuisibles.

Dans ce dernier cas, la codification a pour but de faciliter la compréhension du droit, de le rendre plus clair², de nous fournir enfin une vue d'ensemble sur la totalité des phénomènes juridiques se référant à une même matière.

La codification n'a pas seulement pour but de consolider et de simplifier le droit : elle pousse à l'unification politique et constitue ainsi un important instrument d'unité nationale³.

yeux mêmes, se réalisent dans la vie sociale, font naître des aspirations, des exigences, des intérêts nouveaux et multiples, qui apportent des changements correspondant dans la pensée et dans la vie. Tout cela provoque des lois spéciales, des réformes législatives qui, peu à peu, font naître sur le vieux tronc du droit codifié, des germes nouveaux de l'organisme social » (Consentini, Introduction à *Essai de réforme, Le droit de famille*, 1929, p. 2).

1. Capitant, *Les transformations du droit depuis cinquante ans, Livre du Cinquantenaire*, 1923, t. I, p. 79; Ambroise Colin, *Gazette du Palais*, 21 octobre 1886; président Baudouin, discours, « Centenaire du C. civ. et le comité du Centenaire », *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 391; Larnaude, *Le Code civil et la nécessité de sa révision, Livre du Centenaire*, t. II, 1904, p. 921.

2. C'est ce que constatait déjà Bentham, *Traité de Droit civil et pénal*, t. III, chap. XXXI, Codification, 1840. Comparant les Codes aux statuts anglais, il constate l'infériorité des derniers : « le mal consiste dans l'incertitude de la loi non écrite et dans l'immensité des statuts qui, faute d'ordre et d'ensemble, rendent la loi inaccessible aux citoyens »; il n'y voit qu'« incertitude... défaut de méthode..., ignorance de la nation à cet égard et... servitude d'un peuple qui ne peut faire un pas sans acheter le service d'un agent légal » (p. 391); voir aussi sur la confusion qui résulte des lois non codifiées, l'étude du professeur Dicey, *Leçons sur le droit et l'opinion publique en Angleterre*, trad. Jèze, 1906, p. 125; Earl of Halsbury, *loc. cit.*, p. CCX-CXXI; Larnaude, *Le Code civil et la nécessité de sa révision, op. cit.*

3. Rossi, Observations sur le droit civil français, *Rev. de lég. et de juris.*, 1840, p. 19; Portalis, Exposé des motifs du Projet de Code civil au Corps législatif; Fenet, *op. cit.*, t. I, p. C. j.; Bertrand, *loc. cit.*, p. 19; A. Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, 1904, p. 14; Cosack, *Lehrbuch des Deutschen B. G. B.*, Iena, 1910, p. 18; Professeur Comm. Ageo Arcangeli, *Verso la nuova codificazione*, Bologna, 1926; Sohm, rapport au Congrès de droit comparé, t. I, p. 264-287; Larnaude, *Le Code civil et la nécessité de sa révision, Livre du Centenaire*, t. II, p. 924-925; Ilbert, *Legislative methods and forms*, Oxford, 1901, p. 15 et s.; Hartmann, *Der civil Gesetz*, y voit un moyen de faire disparaître tout particularisme, p. 311; Josserand, discours prononcé à l'occasion du Cinquantenaire de la Faculté de droit de l'Université de Lyon, 18 mars 1926, *Rev. intern. de l'Enseign.*, 1926, p. 277; H. Capitant, La législation de la Pologne depuis sa libération jusqu'en 1928, *Bull. Soc. légis. comp.*, 1928, p. 413; J. Van Kan, *op. cit.*, p. 276 et s.

Ce sont ces considérations pratiques, ce désir d'unité, qui confèrent à la codification une valeur indiscutable : elles ont conduit, à des époques différentes, à la rédaction du Code civil français, du Code civil allemand et à toutes les codifications modernes¹. La codification s'est toujours imposée aux grands esprits, car elle répond à un désir naturel de clarté et d'unité dans le droit ; « elle fut le rêve des grands législateurs et des grands monarques et la première aspiration des peuples vers la liberté. Par la stabilité, par l'uniformité qu'elle donne à la législation, elle rend le Gouvernement plus facile et elle donne des garanties aux sujets² ».

Il serait trop aisé de citer les nombreux essais de codification faits durant les siècles derniers³. On a dit⁴, avec raison, que tous les peuples en ont non seulement usé, mais abusé.

On connaît les nombreuses critiques contre la codification émises jadis en Allemagne par l'Ecole historique. Savigny soutenait⁵ qu'un Code constituait un obstacle au libre développement du droit ; qu'en fixant le droit dans des formules, on le dénature, on l'immobilise, on l'empêche enfin d'évoluer avec la vie. En cela, la coutume serait de beaucoup supérieure, puisqu'elle se modifie avec les besoins toujours mouvants de la vie.

1. Les énumérer toutes ici nous paraît inutile, le fait est trop connu pour y insister. Nous tenons cependant à rappeler, à l'occasion du Centenaire de la Belgique, l'importance du rôle du Code civil dans son développement juridique et national ; il importe aussi de relever que la décision de la révision du Code civil belge fut prise à l'improviste et inscrite dans la Constitution de 1831 sans aucune discussion, tant était unanimement ressenti le besoin de consacrer l'indépendance belge par une nouvelle législation. V. Picard, *Pandectes belges*, t. VI, p. IX et X.

2. Ginoulhiac, *De la codification et de son influence*, Mémoire présenté à l'Académie de Toulouse, 1861, p. 420.

3. V. Glasson, *La codification en Europe au XIX^e siècle*, *Revue pol. et parl.*, 1894, II et s.

4. Cornil, *Les Codes modernes et le droit romain*, p. 459 ; v. même sens, déclarations du conseiller Blumer, rapporteur de la Commission du Conseil des États (1873), citées d'après Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale pour modifier la Constitution (1896), p. 2. — Aussi pouvait-on dire que le XIX^e siècle « est le siècle des Codes », « De la codification », discours prononcé par M. Bertrand, avocat général, audience de rentrée de la « Cour de cassation », 1888, p. 10.

5. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

Cette théorie, contestée dès cette époque¹, a perdu toute valeur aujourd'hui² ; on reconnaît de nos jours unanimement qu'un Code n'arrête pas l'évolution du droit ; que les avantages qu'il entraîne après lui sont de beaucoup supérieurs aux désavantages qu'il peut produire. C'est ce que nous verrons au cours des développements qui suivront.

Ces questions ont d'autant plus d'intérêt aujourd'hui qu'un certain nombre de difficultés nouvelles semblent avoir surgi : dans les pays agrandis ou nouvellement constitués, se rencontrent souvent des mentalités juridiques différentes ; elles sont le résultat de conditions de vie distinctes et séparées ; elles s'extériorisent par tout un travail jurisprudentiel et doctrinaire. Comment pourrait-on assurer l'unification du droit sans essayer de rapprocher ces mentalités ? car, notons-le bien, il ne s'agit pas seulement d'institutions juridiques différentes, mais de façons de concevoir le droit distinctes³.

La codification doit-elle intervenir ? Ne vaut-il pas mieux abandonner cette tâche à la jurisprudence et à la science ? C'est ce que nous dirons en conclusion de nos développements. Mais avant d'y arriver, nous nous proposons d'examiner l'importance d'un Code au point de vue politique et juridique.

73. En parlant de l'importance politique d'un Code civil, nous n'entendons sans doute pas traiter des différents facteurs politiques intervenant dans sa composition ; ces questions présentent une complexité et un intérêt suffisants pour faire l'objet d'un chapitre distinct. Nous voulons ici simplement rappeler la tendance unanimement manifestée chez les différentes nations, de

1. Par Thibaut, représentant de l'école adverse, dans son article : *Über die Nothwendigkeit einen allgemeinen burgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814.

2. V. notamment Huber, *Exposé de motifs*, t. I, 1901, p. 2 et s.

3. « Cette multiplicité de législations, parfois considérablement divergentes, exerce son influence sur les relations du droit privé et fait que malgré tout, nous sommes quatre ou tout au moins trois nations juridiques vivant d'après des conceptions juridiques différentes, d'inspirations, de croyances et d'opinions souvent opposées » (allocution de M. Henri Konic, chez le Président de la République, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1925, p. 464).

compléter leur unité politique par l'unité juridique de leur loi.

Il importe de constater tout d'abord l'importance qui fut toujours accordée à l'unification des lois ; sans remonter plus haut ¹, qu'il nous suffise de rappeler les nombreux essais faits en ce sens durant les derniers siècles, tant en France ² qu'en Allemagne ³, et même en Angleterre ⁴.

Elle fut demandée par les grands juristes de l'époque ⁵ ; tous exigent, en des termes presque pareils, la codification des coutumes ou la réforme des statuts ; ils veulent écarter les « grandes incertitudes » et « les grandes variétés d'opinion », et redonner à la nation la

1. V. quant aux nombreuses tendances à l'unification du droit s'affirmant dans la doctrine, chez les publicistes, enfin dans les cahiers de 1789, le livre déjà cité, si plein de renseignements saisissants de M. le doyen J. Van Kan ; v. aussi Gioele Solari, *L'idea individuale e l'idea sociale nel Diritto privato*, parte I, L'idea individuale, Torino, 1911, p. 85 et s.

2. Ph. Commynes rapporte déjà que « Louis XI désirait fort qu'en son royaume on usât d'une coutume, d'un poids et d'une mesure... que toutes ces coutumes fussent mises en français, en un beau livre, pour éviter la cautele et la pillerie des avocats, qui est si grande en ce royaume que nulle autre n'est semblable » (livre VI, chap. 6), cité d'après Caillemet, *Des résistances que les parlements opposèrent à la fin du XVI^e siècle à quelques essais d'unification du droit civil*, *Livre du Centenaire*, t. II, p. 1077. — Il en fut de même pour Henri III, sous le règne duquel fut publié le Code du prés. Barnadé Brisson, v. extr. des Lettres de privilèges accordées par le roi Henri III à l'imprimeur lors de la publication du Code ; on connaît déjà trop pour y revenir, les essais de Louis XIV et de Colbert. V. là-dessus, Cours d'Histoire du Droit public, professé en 1925-1926, par le distingué et érudit maître de la Faculté de Paris, M. Olivier Martin ; Glasson, *La codification en Europe au XIX^e siècle*, Etat actuel de la question en France, *Rev. pol. et parl.*, 1894, p. 405.

3. Hölder, *op. cit.*, p. 1-5. Counring fut le premier qui émit l'idée de codifier le droit national en Allemagne. V. quant à son projet de 1643 et quant à celui de Leibnitz de 1668, Endemann, *op. cit.*, p. 13.

4. Nous savons qu'une commission présidée par Macaulay avait préparé un Code pénal et un Code de procédure civile pour l'Inde, — qui fut mis en vigueur en 1860. Des modifications y furent apportées en 1877. La procédure criminelle, le droit des successions, des contrats et des preuves furent aussi codifiés vers la même époque. Nous avons en Angleterre une loi sur les lettres de change et des billets à ordre de 1882.

5. Voir là-dessus l'art. de Léopold-Théard, De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne, *Revue historique du droit français et étranger*, 1866, t. XII, p. 25 ; Voir aussi Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit civil*, 1906, p. 325. Colbert déjà disait à Louis XIV, à l'occasion de la rédaction des premières ordonnances : « l'unité législative serait assurément un dessein digne de V. M., et qui lui attirerait un abîme de bénédiction et de gloire » ; v. Olivier Martin, Cours d'histoire de droit public, 1925-1926 ; Bentham, *Codification*, constatait aussi pour l'Angleterre, que tant qu'on n'aurait pas codifié, il ne pouvait exister « aucune garantie solide pour la liberté et la sûreté des citoyens » (p. 340).

sécurité dont elle a besoin ¹. Car *nihil aptius, nihil efficacius ad plures provincias sub eodem imperio retinendas et forendas* ².

De même, toutes les Constitutions qui consacrèrent, à la fin du XVIII^e siècle ³ et durant tout le XIX^e siècle ⁴, les bouleversements intervenus dans les différents Etats, contiennent dans leurs articles des dispositions précises demandant la rédaction d'un Code civil.

C'est que le droit privé est, plus que tout autre, profondément mêlé à la vie de la nation : en réglant les rapports entre les personnes, en limitant à chacun sa sphère de liberté et d'action, il acquiert une valeur pra-

1. Voir dans ce sens, Mémoire adressé par le chancelier François Bacon à Jacques I^{er}, sur « Les moyens de réformer les anciens statuts et de réviser la législation », cité d'après Gustave Rousset, « De la rédaction et de la codification rationnelle des lois », *Mélanges Valette*, t. XXVIII, p. 4.

2. Dumoulin, *De concordia et unione consuetudinem Francia*, reproduit d'après Lévy-Ullmann, discours sur le Code civil à la Faculté de Lille, *op. cit.*, p. 131. Il appartient à ses *Opera*, t. II, p. 691 ; les dernières indications nous ont été fournies par le livre déjà cité de M. le doyen J. Van Kan, p. 177, note 2.

3. Ce fut la Const. de 3 septembre 1791, art. 3, n° 13, qui déclara qu'il serait fait « un Code de lois civiles communes à tout le royaume ». Ce principe passa dans la Const. du 24 juin 1793, art. 85. « Le Code des lois civiles et criminelles est uniforme par toute la République. » Il importe de noter que nous trouvons ce principe pour la première fois affirmé dans un décret du 5 avril 1790 et dans la loi des 16-26 août 1790 sur l'« ordre judiciaire » ; nous lisons dans cette dernière, t. II, art. 19 : « Les lois civiles seront revues et réformées par les législateurs, et il sera fait un Code général de lois simples, claires et appropriées à la Constitution. » — V. pour l'importance de cette conception durant la Révolution, Gény, *La technique législative, Livre du Centenaire*, t. II, p. 1007 ; Leroy, *La loi*, p. 28-29, et notes 1, 2, 3 ; V. pour la Suisse, art. 48 de la Const. helvétique du 12 avril 1798.

4. Constitution belge du 7 février 1831, art. 139. « Le Congrès national déclare qu'il est nécessaire de pourvoir par des lois séparées, et dans le plus court délai possible, aux objets suivants : « La révision des Codes », citée d'après Daresté, *Les Constitutions modernes*, t. I, 1910, p. 75 ; pour l'Allemagne, la première Constitution prévoyant l'unification du droit civil fut celle de 1849, art. 13, paragraphe 59 : « il appartient à la compétence centrale, disait ce paragraphe, de fonder (begründen) l'unité juridique pour le peuple allemand, par la promulgation des Codes relatifs au droit civil ». Cette Constitution ne fut d'ailleurs jamais appliquée ; parmi les Constitutions qui suivirent, ni celle de « la confédération de l'Allemagne du Nord de 1867 », ni celle de l'Empire allemand de 1871, ne placèrent le droit civil parmi les matières qui devaient être codifiées suiv. l'art. 4 de la Constitution (seuls le droit des obligations, le droit commercial et le droit sur le change devaient être codifiés). Ce ne fut qu'en 1873, que le n° 13 de l'art. 4 fut modifié par la loi du 20 décembre 1873 et qu'on soumit à la législation d'Empire, « la législation commune sur tout le droit civil, le droit pénal et la procédure ».

En Suisse, la Constitution de 1874 prévoyait dans son art. 64, l'unification de « la capacité civile, du droit des obligations, de la propriété littéraire et artistique » ; l'art. 64 fut modifié le 13 novembre 1898 à la suite d'un vote populaire. On y ajouta un nouvel alinéa qui conférait au pouvoir central « le droit de légiférer aussi sur les autres matières du droit civil ».

tique considérable¹. C'est un fait commun que les populations ont toujours été plus attachées à leur droit civil qu'à tout autre² ; il est, comme le langage, l'expression de leur mentalité, de leur âme.

Mais ce droit, pour pouvoir s'appliquer, doit être connu ; transmis d'abord verbalement, on ressentit bientôt le besoin de le codifier, afin de le rendre plus clair et plus précis ; on perçoit en lui, dès le commencement, le lien le plus fort pour maintenir l'unité d'une tribu ou d'un peuple.

Il serait sans doute très intéressant de dire comment les peuplades barbares, établies sur le sol étranger, ressentirent le besoin de codifier leur droit ; mais cela nous conduirait trop loin³ ; qu'il nous suffise de constater que l'unité politique d'un peuple a toujours conduit à l'unification de ses lois⁴.

On a dit avec raison que le moteur politique était le plus puissant pour pousser à la codification des lois⁵ ; celles-ci constituent un instrument d'unité nationale. Cette unité juridique une fois accomplie, elle crée entre les populations des différentes parties du pays des liens indissolubles ; elle écarte les conflits de lois qui naissent à chaque pas entre les nationaux d'un même pays⁶ et qui donnaient lieu souvent à des procès inex-

1. Bluntschli, *Le droit public général*, p. 6.

2. V. dans ce même sens, Portalis, « Les peuples conquis et les peuples demeurés libres, ont toujours stipulé dans leurs capitulations et dans leurs traités le maintien de leur législation civile » (Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du gouvernement); Fenet *Travaux préparatoires*, t. I, p. 463-464.

3. V. là-dessus : Brissaud, *Histoire du droit français*, p. 76; Crome, *System des Deutschen Burgerlichen Rechts*, t. I, 1900, p. 3.

4. C'est ce que constate aussi Roguin : « L'histoire enseigne que l'unité ou même seulement le resserrement politique conduit nécessairement à la fusion des lois civiles. Plus les populations, jadis relativement isolées, se rapprochent, plus elles aspirent tantôt bruyamment, tantôt silencieusement (peu importe au fond !) à la clarté, à la sécurité dans le droit. Or ces avantages ne peuvent être acquis que par l'établissement d'une loi civile unique. Il en est de cette tendance comme de la démocratie. C'est un torrent qui submerge tout et qui enfonce les digues les plus savamment construites » (*Observations sur la codification des lois civiles*); v. aussi même sens Thaller, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 28, p. 475; Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, *Livre du Centenaire*, t. I, p. 93.

5. Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit*, p. 3.

6. Lorsque le droit n'est pas codifié « la loi du domicile n'est jamais d'accord avec la loi de la situation... Cela constitue un sujet très abondant de discussion pour les juristes, une ample pâture pour les gens d'affaires.

tricables ; en unifiant, en simplifiant les lois, elle les rend plus facilement compréhensibles à la majorité de la nation ; elle augmente la confiance des gouvernés dans le pouvoir central et facilite par là leur application.

Car « un pays est d'autant plus attaché à ses lois, à ses institutions, que les lois sont meilleures, que ses institutions fonctionnent avec plus de facilité et d'utilité ¹ ». En soumettant toutes les populations d'un même territoire à une même loi, on crée une façon d'agir commune et on facilite la formation d'un état d'esprit unitaire ². La codification, en unifiant les lois, consacre et consolide un état politique ³.

Il y a lieu de se demander si le contraire est possible : en d'autres termes, l'unification des lois peut-elle conduire à l'unité politique ?

Les opinions sont très partagées là-dessus ⁴ ; on con-

En attendant la paix et la fortune des familles demeurent compromises » (W. Belime, *Philosophie du droit*, p. 523). C'est ce que constatait aussi Portalis, dans son Discours de présentation du Code civil : « Des lois différentes n'engendrent que trouble et confusion parmi des peuples qui, vivant, sous le même Gouvernement et dans une communication continuelle peuvent ou se marier les uns chez les autres, et soumis à d'autres coutumes, ne savent jamais si leur patrimoine est bien à eux » (p. 99) ; Laurent, *Traité de droit civil*, t. I, Introduction : « La loi, partout opposée à elle-même, divisait les citoyens au lieu de les unir » ; Voir même sens, Maurice Sabatier, *Le Code civil*, Paris, 1904, p. 8 ; Courtinay Ilbert, *op. cit.*, qui constate que les raisons de la codification ont surtout été des « practical needs » (p. 155) ; Mentha, Notice sur l'état des travaux préparatoires d'un Code civil suisse, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1900-1901, t. XXX, p. 363 ; Rougier, L'évolution du droit public suisse, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1901, p. 361 ; V. aussi Charles Rey, *La commission américaine d'uniformité des lois d'Etats*, Paris, 1927, qui reconnaît que « la diversité de législations présente, en effet, de graves inconvénients dans les relations juridiques et économiques entre les citoyens d'une fédération d'Etats aussi étendue que les Etats-Unis » (p. 19) ; v. aussi les nombreuses critiques quant à cette diversité, citées dans les *Reports of the Annual meeting of the American Bar Association*, et reproduites par l'auteur, p. 20 et s.

1. Intervention du baron Tornâco, lors de la discussion du projet portant sur « Le comité législatif », *Annales parlementaires belges*, mars 1857, p. 107.

2. Aussi le désir de codifier a-t-il apparu de bonne heure, même dans les Etats fédéraux : Allemagne, Suisse. V. là-dessus, F. Cosentini, *Le droit de famille, Essai de réforme*, Paris, 1929, p. 41 ; Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, t. I, p. 1 et note 1.

3. V. même sens Portalis, Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission, Fenet, t. I, p. 523.

4. M. Guillemet croit aussi que : « l'avènement des Codes n'est possible que du jour où la nation réalise son unité politique, où elle forme un tout, du jour, pour tout dire, où elle constitue un Etat » (*La procédure parlementaire et la codification*, p. 22, thèse Paris, 1903) ; Bertrand, *op. cit.*, p. 19 ; v. aussi Cosack, *Lehrbuch des Deutschen B. G. Rechts*, Iéna, 1910, p. 18 ; professeur comm. Ageo Arcangeli, *Verso la nuova codificazione*, Bologna,

naît celles de Counring et de Thibaud, les nombreux essais faits en ce sens en Allemagne au commencement du xix^e siècle¹. Ces essais n'aboutirent point pour la plupart. On affirma alors que l'unification des lois était impossible, tant qu'on n'avait pas un organe central capable de l'imposer²; cette opinion se trouve reproduite aujourd'hui dans la plupart des traités de droit civil allemand³.

Les faits sont cependant plus forts que toutes les doctrines; les nombreux travaux de codification, communs pour l'Allemagne et l'Autriche, conduiront sans doute à l'unité politique de ces deux pays⁴. Telle est l'importance d'un Code au point de vue politique. Il permet à tous ceux qui pensent, agissent, travaillent de même, de se conduire suivant des règles communes; il consolide par là l'unité politique; il la crée souvent en permettant à une nation de prendre conscience d'elle-même. Mais pour cela, il doit convenir au pays pour lequel il a été rédigé⁵; il doit tenir compte des différents besoins ressentis.

Avant de codifier, le législateur devra s'enquérir des différentes institutions et des états d'esprit existant dans

1926, qui reconnaît que « la science juridique et l'art de faire interpréter les lois, veulent comme ambiance nécessaire, comme terrain de développement, un ordre politique indépendant et fort ».

1. V. Glasson, La codification en Europe au xix^e siècle. Etat actuel de la question à l'étranger, *Revue pol. et parl.*, 1895, p. 203; Gierke, *Entwurf eines B. G. B.*, 1888, p. 8; Saleilles, *Introduction Code civil allemand*, Code civil allemand, t. I, 1904, p. X et s.; Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, p. 2-4; Otto Mayer, article publié dans la *Frankfurter Zeitung* du 30 mars 1904, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 402; Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, p. 16.

2. V. la note suivante.

3. Crome, *System des B. G. B.*, p. 3; v. aussi même sens Endemann, *op. cit.*, p. 14; Planck, *op. cit.*, t. I, p. 2; Cosack, *Lehrbuch des Deutschen B. G. Rechts*, t. I, Iéna, 1910, p. 18.

4. Cela s'est d'ailleurs déjà vu en Italie (en 1859) où l'unité fut d'abord acquise sur le terrain juridique avant de l'être politiquement, — au moins pour les Etats du centre de l'Italie; sous l'inspiration de Cavour, ces Etats appliquèrent par décret « la législation sarde en matière de droit pénal, de statut constitutionnel..., de procédure... » (Matter, *Cavour et l'unité italienne*, t. III, chap. V, p. 204); voir aussi Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit*, 1906, p. 314.

5. Quant aux moyens propres à assurer cette unification, ils sont de deux sortes : on peut soit étendre immédiatement à toutes les provinces les lois nationales, soit commencer par les réformer tout d'abord. V. Ascoli, *op. cit.*, p. 219; v. aussi Capitant, Introduction en Alsace-Lorraine du droit civil, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1921, p. 173.

un même pays; il en tiendra compte dans la rédaction de sa loi : par des formules générales et souples, il permettra à la vie locale de s'affirmer. Cette liberté ne devra cependant pas porter atteinte à l'unité de conception du Code, car, ne n'oublions pas, les besoins locaux ne peuvent venir en conflit avec les besoins généraux de la nation.

Aussi concluons-nous en disant : Le Code civil d'avenir devra contenir dans ses formules les institutions juridiques les meilleures du pays qu'il est appelé à régir ; mais il devra surtout conserver son caractère national et unitaire, qui, seuls, lui permettront de remplir sa fonction politique et de consacrer à jamais l'unité nationale d'un peuple.

74. Nous avons étudié, dans nos développements antérieurs, la valeur d'un Code au point de vue politique ; en plus de ces raisons, qui auraient pu légitimer à elles seules la nécessité d'un Code, il y en a bien d'autres que nous nous proposons d'examiner maintenant. Nous voulons parler du besoin que ressent tout Etat nouvellement formé d'affirmer sa personnalité, en se rendant juridiquement indépendant ¹.

Ce besoin a toujours été unanimement ressenti. Il suffit de parcourir les différentes Constitutions des Etats nouvellement créés pour nous en rendre compte ; chacune contient des articles spéciaux demandant la révision ou la codification de l'ensemble des matières de droit ; elles ne font en cela qu'imiter les Constitutions du siècle dernier.

Cela prouve une fois de plus que les mêmes besoins exigent des moyens identiques ; alors, comme aujour-

1. V. dans le même sens, Colmo, *Tecnica legislativa del Codice civil argentino*, sec. éd., Buenos-Aires, 1927, p. 80; Gmür, *Kommentar zum Z. G. B.* Parlant du nouveau Code civil, l'auteur dit : « La dépendance de l'étranger de notre vie juridique qui s'est développée au XIX^e siècle sera remplacée par la fierté conscientisée de notre droit national et populaire » (p. 3); v. aussi Picard, *Pandectes belges*, t. VI, p. LX; Bertrand, *op. cit.*, p. 10; Gény, La notion de droit positif au XIX^e siècle, *Revue intern. de l'Enseign.*, t. XLI, 1901, p. 16; Guillemet, *La procédure parlementaire et les codifications*, thèse Paris, 1903, p. 10; Ginele Solari, *L'Idea individuale et l'Idea sociale nel Diritto privato*, parte I, Torino, 1911, p. 43.

d'hui, les populations libérées ressentait le besoin de vivre une vie juridique commune¹. Comment pouvait-on y arriver, sinon par la rédaction d'un Code civil unique ?

Ce sentiment était profondément ancré dans l'âme de la plupart des juristes allemands². Tous constataient avec amertume la grande variété des lois et des coutumes qui divisaient le monde allemand³. C'est ce que reconnaissait aussi le Dr Schuster en 1896 : « Sur une population de 42,5 millions d'habitants, disait-il, 18 millions sont gouvernés par le Code prussien, 14 millions par le Common Law allemand (qui est le droit modernisé de Justinien), 7,5 millions par le droit français, 2,5 par le droit saxon, un demi-million par la loi scandinave. Il y a donc six systèmes généraux de droit, dont deux seulement sont exclusifs, les autres systèmes sont partagés entre la loi et la coutume⁴. »

On comprend facilement qu'en présence d'une telle diversité, toute étude d'ensemble du droit national parut impossible ; seul le droit romain, qui s'appliquait sur tout le territoire⁵, avait donné lieu à des études unificatrices.

Son développement devait sans doute rencontrer des obstacles : les travaux d'Hermann Counring et de son école⁶, l'apparition des différents Codes nouveaux⁷

1. Thaller, Rapport présenté sur la question de revision du Code civil, *Bull. Soc. et. lég.*, 1904, p. 477.

2. Cette idée, émise au xviii^e siècle par Leibnitz et Counring, fut reprise après 1813 par Thibaut qui demandait un Code civil national comme moyen de défense contre le danger d'une division politique ». Crome, *System des B. G. B.*, p. 31.

3. Et rendaient étrangers les membres d'une même nation. V. même, sens, discours de M. Nieberding, secrétaire d'Etat au ministère de la Justice séance du 3 février 1896, cité d'après Meulenaire, *Introduction à la traduction du Code civil allemand*, 1897, p. III et IV.

4. Planck, *op. cit.*, p. 2 ; Crome, *op. cit.*, p. 4 et s., 13 et s., p. 18 ; Hölder, *Kommentar des B. G. B.*, p. 2-4 ; Saleilles, *Ann. de lég. étr.*, 1891, t. XXVI, p. 147 ; Saleilles, *Introduction au code civil allemand*, t. I, p. X.

5. « Le seul lien vraiment unitaire n'apparut qu'avec la réception du droit Romain » (Saleilles, *Ann. de lég. étr.*, 1891, t. XXVI, p. 143). Aussi le Allemands le désignaient-ils sous le nom « de Droit commun, *Germeines recht* », *ibid.*, p. 144.

6. Qui tendaient à faire naître un droit essentiellement allemand.

7. Celui de Prusse publié en 1791, entré en vigueur en 1794 ; le *Allgemeine Gesetzbuch* de 1811 ; le Code saxon de 1865.

avaient diminué son importance. L'étude des *Pandectes* formait cependant encore, à la veille du Code civil allemand, la principale préoccupation de la doctrine : elle s'imposait dans les programmes des Facultés et jouait un rôle prépondérant¹.

Cela présentait le grand désavantage de séparer l'enseignement de la vie², de « former surtout des doctrinaires trop imbus de l'esprit de système et pas assez préoccupés des besoins de la pratique³ ».

Un tel système d'enseignement paraissait déplorable. On ne pouvait cependant le modifier ; en l'absence d'un Code civil unique, « l'extrême multiplicité des législations particulières et l'enchevêtrement de leurs domaines territoriaux respectifs s'opposaient complètement à l'organisation, dans chaque Université, de l'enseignement du droit civil en vigueur dans la province⁴ ».

Telles sont les conséquences premières qui résultaient de l'absence d'une législation commune pour toute l'Allemagne : les études doctrinaires se référant au droit national avaient un caractère partiel, limité aux droits spéciaux, sans jamais pouvoir se dégager de la diversité des matériaux ; l'absence de tout lien entre les différents Etats jouissant d'une vie juridique distincte donnait lieu à des conflits de lois dont la solution entraînait des pertes de temps et de longues études⁵. L'influence prépon-

1. V. là-dessus Endemann, *op. cit.*, p. 13 et s.

2. Cela devait avoir de fâcheuses répercussions lors de la rédaction du 1^{er} projet de Code civil allemand ; on connaît les nombreuses critiques émises quant à l'esprit juridique de ce projet. Cet esprit avait « fait naître dans le peuple la croyance que la science juridique est une science qui ne s'occupe pas de la vie », (Baehr, *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, p. VII ; v. aussi Gierke, *Der Entwurf eines B. G. B.*, qui constate que « ce projet n'était qu'un compendium des Pandectes dans les articles d'une loi » (p. 3).

3. J. Duquesne, L'organisation des études de droit en Allemagne à la suite du vote d'un Code civil d'Empire, extrait de la *Revue intern. de l'Enseign.*, 1903, p. 8 ; v. aussi bibliographie citée, p. 8, note 1.

4. J. Duquesne, *op. cit.*, p. 8.

5. C'est ce que constatait aussi M. Nieberding (secrétaire d'Etat au ministère de la Justice) dans son discours au Reichstag, du 3 février 1896 : « quelle confiance, disait-il, peut avoir l'homme du peuple dans le droit, lorsqu'il voit comme il n'arrive que trop souvent, que le droit de succession est absolument différent dans deux localités qui se touchent : ici, la femme est héritière ; là, elle n'a aucun droit dans la succession ; ici, les germains et consanguins sont mis sur la même ligne, quelques pas plus loin, leurs

dérante du droit romain et des droits étrangers rendait impossible le libre développement d'un droit national unitaire.

Aussi la rédaction d'un Code civil apparaissait juridiquement absolument nécessaire. Certes, certains croyaient qu'il fallait attendre d'abord la création d'une science juridique vraiment allemande. Mais cette opinion ne l'emporta point ; ceux mêmes qui constataient que le nouveau projet de Code fermait l'« accès à toutes les notions juridiques germaniques », demandaient avec insistance son application¹ ; car il s'agissait de l'unité juridique de la nation².

Tout retard n'aurait d'ailleurs pas trop servi : le nouveau projet, tout en étant non-allemand, apparaissait « comme le fruit le plus mûr de ... la science juridique » d'alors. « Les juristes n'avaient pas la force créatrice pour créer du droit allemand. Elle leur manquait, parce-qu'ils ne comprenaient pas la conception juridique allemande³. » Seule la systématisation en un recueil unique des différents matériaux de droit civil pouvait donner une nouvelle vie à la science allemande. En dégageant les principes généraux, en les classant suivant un arrangement méthodique, on facilitait l'étude du droit et on ouvrait la voie à une évolution nouvelle.

Le Code civil allemand devait aussi entraîner une profonde réorganisation des études de droit. Dès le 23 mars 1896, une résolution des professeurs des différentes Facultés de droit⁴ déclarait : « Qu'après l'entrée du

droits diffèrent complètement. Dans une seule ville il y a deux droits, l'un pour la ville, l'autre pour les faubourgs, parce que cette ville, autrefois enfermée dans ses murs, a reçu en ce temps concession d'un droit particulier ; mais depuis longtemps elle s'est étendue au delà de son enceinte sur la campagne environnante réglée par le Landrecht prussien... » (réproduit d'après Meulenaire, *op. cit.*, p. III-IV).

1. Gierke, *op. cit.*, p. 573.

2. Raoul de la Grasserie constate aussi que ce projet renfermait « un bienfait très appréciable pour l'Allemagne, celui d'une législation uniforme », *Projet de Code civil allemand, l'Esprit général du projet*, p. IX.

3. Gierke, *op. cit.*, p. 581.

4. Réunis en conférence à Eisenach. V. J. Duquesne, *L'organisation des études de droit en Allemagne à la suite du vote d'un Code civil d'Empire*, 1903, p. 9.

Code civil, il fallait enseigner tout le droit privé allemand ... dans son ensemble comme un tout systématique¹. »

Répondant à ces désirs, des arrêtés ministériels² modifièrent les programmes des différentes Facultés et donnèrent aux études de droit civil allemand l'autorité dont elles avaient besoin³, par cela même, on mettait fin à la séparation artificielle existant entre la pratique et l'enseignement.

Nous avons ainsi étudié les principaux avantages résultant de la rédaction du B. G. B.

Ces mêmes avantages se rencontrent en Suisse : là encore, le pays était profondément divisé par un grand nombre de lois et de coutumes régissant son territoire⁴ ; chaque canton avait sa législation propre et jouissait d'une vie juridique indépendante. La rédaction de quelques Codes civils spéciaux avait consacré cet état ; de là des difficultés et des conflits de lois souvent insurmontables.

Le mal était d'autant plus grand que le droit romain n'y avait pas établi une unité factice, comme en Allemagne. Le pays se trouvait divisé en trois parties distinctes, soumis à des influences différentes⁵.

Cela présentait un véritable danger pour la souveraineté de l'Etat suisse ; abandonnées à elles-mêmes, la jurisprudence et la doctrine des différents cantons subis-

1. Résolution 4 V. J. Duquesne, *op. cit.*, p. 9.

2. V. quant aux nombreux arrêtés des différents Etats, J. Duquesne *op. cit.*, p. 10-11.

3. *Ibid.*

4. Lehr, Introduction au Code civil du canton de Zurich, 1890, p. XVII-XVIII ; Raoul de la Grasserie, Introduction au Code civil du canton des Grisons, 1893 ; professeur Mentha de Neuchâtel, Notices sur l'état préparatoire d'un Code civil suisse, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1900-1901, t. XXX, p. 361 ; Leroy, L'avant-projet du Code civil suisse, *Revue de Paris*, 1^{er} décembre 1902, p. 640, qui constate qu'il y avait « environ 600 lois et 10.000 articles » ; B. Rossel et Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, 1912, t. I, p. 10 et s. ; enfin E. Le Hénaff, qui dans un compte-rendu du livre de M. Lardy : *Les législations civiles des cantons suisses en matière de tutelle, de régime matrimonial et de successions*, déclare : « Il est impossible de rêver un ensemble plus enchevêtré de législations disparates » (Le nouveau Code civil suisse, *Revue polit. et parl.*, 1908, t. I, p. 490) ; Gmür, *op. cit.*, p. 3 ; L. Lucien Brun, *Le rôle du juge en droit civil suisse*, thèse Grenoble, 1920, p. XI.

5. V. Rossel et Mentha, *loc. cit.*, p. 10 et s. ; Huber, Exposé de motifs, t. I, 1901, p. 1-2 ; Gmür, *Kommentar zum Z. G. B.*, t. I, p. 3.

saient l'influence du droit codifié étranger¹. Il se formait ainsi un véritable abîme entre les parties d'un même pays. Ce danger avait été souvent perçu par les différents juristes suisses : des nombreux essais d'unification de droit civil avaient été entrepris² ; mais tous se brisèrent aux égoïsme locaux.

Ce ne fut qu'à la fin du xix^e siècle³ et au commencement du xx^e⁴ que les lois fédérales remplacèrent les lois cantonales en matière d'obligations et de droit civil.

La cause de la codification était définitivement gagnée en Suisse⁵ : on se rendait unanimement compte qu'elle seule pouvait défendre le droit national contre les influences étrangères et donner un nouvel essort au travail jurisprudentiel et doctrinal⁶.

L'exemple que nous fournit la Suisse nous paraît très intéressant pour les pays agrandis ou nouvellement constitués : ceux-ci se composent souvent de parties ayant vécu une vie juridique différente et ayant été régies pendant longtemps par des législations étrangères.

Ces législations ont donné naissance à toute une doctrine et jurisprudence qui divisent encore la nation en

1. « Les institutions politiques de la Suisse ont naturellement influé, sur ses institutions de droit privé dont elles ont entravé le développement jusque dans la seconde moitié du xix^e siècle » (Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations*..., p. 1); c'est ce que constatait aussi d'une façon saisissante le *Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée fédérale pour modifier la Constitution* (1896), p. 91 et s., qui ajoutait : « La diversité des vues ne fera que s'accroître quand l'école française se trouvera en présence de la doctrine du Code de l'empire allemand. Le pays courra le danger d'être séparé en deux parties, qui s'entendront toujours moins dans le domaine du droit civil » (p. 43). V. aussi p. 45-46.

2. Les premières tendances à l'unification furent exprimées dans l'art. 48 de la Const. helvétique du 12 avril 1798; par Message du 5 décembre suivant, le Directoire invitait les Conseils législatifs à préparer « la rédaction d'un Code civil général pour toute la République ». Voir Rossel et Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, p. 39; v. aussi Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations*, 1905, p. 3 et s., qui nous indique les nombreuses tentatives faites en ce sens.

3. 14 juin 1881.

4. 10 décembre 1907.

5. Message au Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse, *Feuille fédérale suisse*, 3 mars 1905, p. 1-4.

6. Gmür, *op. cit.*, p. 3-4; Huber, Exposé de motifs du projet de Code civil suisse, t. I, p. 1 et s.; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale pour modifier la Constitution (1896), p. 39. V. surtout p. 42-43. V. aussi paroles du Rapporteur de la Société suisse des Juristes (1868) rapportées p. 43.

de nombreux tronçons ; elles sont la cause de nombreux coufflits de lois entre les membres d'un même pays.

Aussi, de toutes parts, les voix les plus autorisées demandent l'unification du droit civil : elle seule pourra consolider les nouveaux organismes et donner naissance à une science juridique nationale ¹.

Il nous reste à dégager certaines idées communes quant à la valeur d'un Code au point de vue juridique.

De tout ce qui vient d'être dit jusqu'à présent, il résulte qu'un Code assure l'unification de droit : en le débarassant des parties inutiles, en le systématisant, il permet d'en mieux percevoir l'ensemble. Il favorise par là le développement de la science du droit ² ; il conduit toujours à la fusion du droit dans les matières auxquelles il s'applique ³.

1. C'est ce que constatait notamment le très distingué ancien premier Président de la Cour de cassation roumaine, Georges Buzdugan : après avoir indiqué dans son discours inaugural tenu le 8 janvier 1926, l'état de la législation dans les différents territoires roumains, il ajoutait : « La nécessité impérieuse de reviser les Codes apparaît de plus en plus nécessaire ; cela afin de doter le pays, dans ses frontières ethniques, d'une législation unique et uniforme qui facilite les rapports juridiques dans l'intérêt de son développement économique, et qui contribue en même temps à cimenter plus profondément l'unité nationale, — réalisée sous le rapport politique, — par une unité plus profonde d'une vie commune sur le terrain de l'activité juridique » (*Currieul Judiciar*, 17 janvier 1926) ; même sens, Hamangiu (cons. Cour cass. roum.) *In preajma viitorului cod civil* ; Const. Xeni, *Problema unificării legislative*, *Curierul Judiciar*, 15 janvier 1928 ; v. aussi pour la Tchéco-Slovaquie, l'article de M. Jalomir Sedlacek, professeur à l'Université de Brno, La codification du droit civil en Tchéco-Slovaquie, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1925, p. 140-141 ; pour la Serbie, l'article du professeur Thomas Giovano-vitch, Le travail législatif dans le royaume des Serbes, Croates, Slovènes, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1925 ; Péritch, *L'Unification du droit pénal en Serbie*, *op. cit.*, p. 26 ; pour la Pologne, « Communication sur l'état de la codification polonaise faite au groupe strasbourgeois de la Soc. lég. comp. », par M. Babinski, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1925, p. 465 ; Nous tenons enfin à citer dans le même sens, professeur Ascoli, Comité de l'union législative des nations alliées, mars 1927, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1927, p. 219 ; Henri Capitant, *La législation de la Pologne depuis sa libération jusqu'en 1928*, *op. cit.*, p. 475 ; enfin prof. comm. Ageo Arcangeli, *Verso la nuova codificazione*, Eologna, 1926, p. 9.

2. C'est ce que constatait aussi Saleilles, dans une lettre à Lyon-Caen. Parlant de la nécessité de réviser « la matière des successions », l'auteur ajoute : « il est un très grand nombre de vestiges archaïques, de conceptions aujourd'hui disparues, qui au simple point de vue technique ne font qu'embarrasser la pratique et retarder les progrès de la doctrine » (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, Révision du Code, séance du 27 octobre 1904, p. 78) ; v. aussi Saleilles, *Introduction à l'étude du droit allemand*, p. 13 ; A propos du livre de Charmont : *Les transformations du droit civil*, G. C., *Revue du droit international*, p. 250.

3. « Les formules légales sont naturellement fixes et sans souplesse..., elles ne se développent pas avec les choses ; les souffrances peuvent ainsi s'accumuler sous la règle trop raide » (Bluntschli, *Le droit public général*).

On a cependant critiqué la codification, en prétendant qu'elle empêchait l'évolution du droit ; qu'en le fixant pendant un certain temps dans ses formules, elle arrivait à le dénaturer. On a même soutenu qu'elle tarissait les sources de la jurisprudence et de la doctrine ¹.

On a depuis longtemps fait raison de ces griefs à la codification ² ; sans doute un droit codifié évolue moins vite que s'il ne l'était pas, mais l'évolution fait partie de la nature du droit ; nier l'évolution dans le droit, c'est nier son existence même ³.

De plus, ceux qui soutiennent l'immobilisation du droit par suite de sa codification confondent deux choses : 1° le texte, 2° la conception de la loi ⁴. Ce qui reste immobile, ce qui ne se modifie pas, c'est le texte de la loi et non la conception qui l'anime. C'est cette conception qui évolue et permet toutes les innovations de la vie.

Aussi conçoit-on que certains aient vu dans l'ancienne théorie « un rêve étrange », qui ne mérite même plus à faire objet de discussion aujourd'hui ⁵.

1. Voir en ce sens, Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, Recueil de la Faculté de Lausanne, p. 75.

2. V. Bentham, *Œuvres*, t. III, p. 123, éd. Dumont; Summer Maine, *Etudes sur l'histoire du droit*; P. Van Bemmelen, *Notions fondamentales du droit civil*, Amsterdam, 1892, p. 61.

3. Aussi le Code n'arrête-t-il pas l'évolution du droit. C'est ce que constate l'unanimité des auteurs aujourd'hui; v. notamment en ce sens, Faudry-Lacantinerie, t. I, les Personnes, 3^e éd., p. 71 et s.; Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 207 et s.; Bartin, *Le régime dotal*, p. 11; Ilbert, *Legislative methods and forms*, 1901, p. 159-160; Saleilles, conférence sur « Les rapports du droit et de la sociologie », *Revue intern. de l'Enseign.*, 1904, p. 427-428, 430; Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908, p. 56; Charmont, Sources du droit positif à l'époque actuelle, *Revue de métaphysique et de morale*, janvier 1906, p. 120; Paul Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse Lille, 1914, p. 52; Cosentini, *Le droit de famille. Essai de réforme*, 1929, Introduction, p. 2; F. Gény, *L'Economie nationale et le droit civil*, *Rev. trim. de droit civil*, 1930, p. 53.

4. V. dans ce même sens, les développements du très érudit civiliste de la Faculté de Paris, M. le professeur E. Bartin, dans son ouvrage sur *Le Régime dotal*. Il y compare les textes de la loi à « des blocs de pierre enfoncés profondément dans le sol, qui marquent de distance en distance, les saillants de l'édifice à venir, et sur lesquels doivent s'appuyer ces murs, quelle que soit la direction qu'on leur donne dans les intervalles » (p. IV-V); v. aussi, même sens, Morin, *La révolte des faits contre le Code civil*, p. 2, 5, 60-61; Meynial, La déclaration de volonté, *Revue trim.*, 1902, p. 546; Morin, L'individualisme du Code civil, *Rev. de métaphysique et de morale*, septembre 1917, p. 518.

5. Charmont, Le droit civil et la législation cuivrée, *Revue gén. du droit* 1904, p. 456; Crome, *op. cit.*, p. 49.

Il en est de même de celle qui soutient qu'un Code tarit les sources de la jurisprudence et de la doctrine.

En ce qui concerne la doctrine, il faut reconnaître dès le commencement que la rédaction d'un nouveau Code doit présenter quelques dangers : le principal est « de substituer l'exégèse à la science, ce qui met obstacle au progrès par l'abus du formalisme et de la casuistique ¹ ».

Il constitue cependant le point de départ d'un grand nombre d'études nouvelles, de toute une évolution juridique ². Bien plus, il facilite la comparaison entre les droits étrangers et ouvre ainsi la voie à un droit commun législatif ³.

Le rôle de la jurisprudence ne se trouve pas amoindri ; nous sommes bien loin aujourd'hui de la théorie traditionnelle qui croyait que sous un système de codification les juges ne devaient qu'appliquer la loi. Nous verrons plus tard, dans un chapitre spécial, quels sont les pouvoirs du juge ; ils sont souvent très larges. C'est le cas du Code civil suisse qui augmente la responsabilité et les pouvoirs du juge.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la valeur juridique d'un Code : lui seul permet à une nation d'affirmer sa personnalité dans le domaine du droit. La jurisprudence et la doctrine ne pourraient à elles seules arriver au même résultat ; elles ne pourraient résister aux influences étrangères, ni faire fusionner les divers droits d'un même pays.

1. Saleilles, *Introduction au Code civil allemand*, 1904, p. 89.

2. Albert Ortscheid, *Essai concernant la nature de la codification et son influence sur les sciences juridiques d'après le concept du Code de droit canonique*, thèse Paris, 1922, p. 110.

3. Lambert, *Fonction du droit civil comparé* : « La codification des droits nationaux doit être le point de départ de la constitution d'un droit commun législatif, comme la rédaction de nos coutumes fut le point de départ de la formation d'un droit commun coutumier » ; et l'auteur croit que cette rédaction donnera naissance à une nouvelle floraison de la littérature du droit comparé (p. 921-922) ; Lambert, *Les publications tchécoslovaques de liaison scientifique internationale et les enquêtes de l'Institut per l'Europa orientale de Rome*, *Bull. Soc. lég. comp.*, p. 168. V. même sens Chaudé, *Le nouveau Code civil suisse* ; p. 1 de son avant-propos sur l'importance d'un Code pour les études d'un droit comparé ; aussi a-t-on pu dire avec raison que : « la codification devient à certains moments de l'histoire, comme le seul procédé possible de l'évolution historique du droit » ; Saleilles, *Introduction à l'étude du droit allemand*, 1904, p. 13 ; Huber, *Exposé des motifs du Code civil suisse*, t. I, p. 1.

75. Mais un Code doit correspondre aux besoins existant au moment de sa rédaction. Ces besoins sont multiples : ils résultent des différents facteurs moraux, économiques, politiques, qui constituent la vie sociale de la nation. Leur étude formera l'objet des chapitres suivants.

Tout Code doit avoir des formules suffisamment larges pour permettre à la vie d'évoluer avec le droit. Quelle que soit la souplesse de ses formules, il arrive un moment où toute nouvelle adaptation paraît impossible ; il faut alors procéder à la révision du Code. Nous avons déjà vu, dans la première partie de cette étude, la façon dont se fera cette révision. Aussi n'y reviendrons-nous pas.

Nous tenons cependant à rappeler que seule une révision générale, intervenant à des espaces suffisamment éloignés, pourra assurer la conformité du Code aux besoins de la vie ; elle seule pourra aussi maintenir l'unité de plan et de conception dans un même Code. Cette unité est absolument nécessaire. C'est pourquoi nous ne pouvons admettre les nombreuses tendances¹ de réviser partiellement les lois ou de les codifier à mesure de leur apparition².

En résumé, le Code apparaît aujourd'hui comme un instrument de travail d'unification, de comparaison, incomparable. Son principe même ne peut plus faire

1. V. à ce sujet, à quarante années d'intervalle : 1^o Proposition de loi de M. le député Labitte relative à la codification successive des lois. Chambre des députés, annexe n^o 168, séance du 3 juin 1876, *Journal officiel* 1876 ; 2^o Proposition de MM. P. Escudiers et Lairolle, etc., Doc. parl., Chambre, 1911, annexe n^o 1006, p. 526.

2. C'est ce que constate aussi Massigli : parlant de l'habitude de réviser les Codes par voie de lois spéciales, il reconnaît que « la difficulté de circonscrire exactement, d'encadrer... avec précision des réformes partielles, est l'obstacle qui s'oppose souvent à ce qu'elles s'accomplissent et qui ralentit le progrès de notre législation » (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1905. Révision du Code, séance du 27 octobre 1904, p. 67) ; même sens, Saleilles, lettre à Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 79 : toute réforme partielle serait impossible parce qu'« elle serait en contradiction avec l'ensemble du Code civil. Tant qu'on n'aura pas touché à l'ensemble du Code civil, ce sont les réformes partielles qui sont impossibles, ou ce qui serait pire encore, sont condamnées à tourner dans le même cercle et à s'encadrer dans des institutions vieilles que tout le monde condamne » (p. 79) ; v. aussi Bonnet, Supp. au Baudry-Lacantinerie, *Traité de droit civil*, t. I, p. 40 ; v. aussi Hedemann, *Über die kunst gute Gesetze zu machen, Festschrift Otto Gierke, Zum siebzigsten Geburtstag* : « l'idéal d'avenir n'est pas une codification par étapes, mais la codification de toute la matière en même temps » (p. 14).

objet de discussion ; il s'impose avec une autorité indiscutable. Ce qui peut seul donner lieu à des difficultés, c'est la façon dont doit être faite sa rédaction ; quelles sont les règles de fond et de forme auxquelles il doit répondre ? C'est ce que nous verrons dans notre étude de technique législative interne ; nous étudierons d'abord successivement, dans cette première partie, les différents facteurs intervenant dans la composition d'un Code.

CHAPITRE II

LES FACTEURS POLITIQUES DANS LE CODE CIVIL

76. Nous étudierons dans ce chapitre « les facteurs politiques intervenant dans la composition d'un Code ». Cette question présente une grande importance pour notre sujet, car tout Code a nécessairement un caractère politique *prononcé*, en ce qu'il est appelé à consacrer un état de chose existant à un certain moment dans un pays.

Il intervient d'habitude après les grandes transformations sociales, pour clore une époque et ouvrir la voie à une ère nouvelle¹. Ce fut le cas des législations rédigées au commencement et durant tout le xix^e siècle ; elles devaient consolider l'unité de la nation en appliquant dans les Etats nouvellement créés les principes d'égalité et de liberté civiles² ; en remplaçant le désordre par l'ordre, on assurait à chacun plus de facilité dans ses mouvements, plus de certitude dans les résultats de son travail³.

Venant après une époque de troubles, elles trouvèrent

1. V. même sens, Louis Bridel (professeur à l'Université de Tokio), *Le centenaire du Code civil à Tokio*, *Bull. soc. ét. lég.*, 1904, p. 469 ; c'est ce que constatait d'ailleurs déjà Cambacérès, dans son discours préliminaire prononcé au Conseil des Cinq-Cents, lors de la présentation du 3^e projet de Code civil, au nom de la commission de la classification des lois, Fenet, t. I, p. 140.

2. On a dit avec raison que le Code civil français est, dans le domaine du droit privé, ce que la Déclaration des Droits de l'homme sera pour les Constitutions, car « le mouvement d'émancipation politique ne pouvait suivre une voie différente de l'émancipation civile. Les Constitutions et les codes civils s'en chargeaient ensemble » (Gioele Solari, *op. cit.*, p. 57) ; Lohm., *Rapport au congrès de droit comparé*, t. I, p. 264.

3. Roguin, *Observation sur la codification des lois civiles*, p. 95.

nécessaire de consacrer, dans leurs formules, les principes de la personnalité humaine et de ses différents attributs.

La vie progresse sans cesse ; les différents éléments politiques, économiques, sociologiques qui interviennent dans la composition de chaque institution civile, s'entrechoquent et donnent naissance aux synthèses les plus complexes et les plus variées. En face de l'ancien droit individualiste, basé sur la propriété personnelle, les lueurs d'une nouvelle vie sociale semblent se dresser ; à côté des personnes physiques, de nouveaux organismes se développent : les différentes personnes juridiques qui, hier encore, complétaient la puissance individuelle, arrivent à la restreindre souvent. Tel est le cas des syndicats et surtout celui de l'Etat.

A côté et au-dessus des différents organismes privés, apparaît l'omnipotence de l'Etat. Il s'immisce de plus en plus dans les rapports privés ; au nom de principes supérieurs d'intérêt général, il intervient pour protéger les incapables, pour aider les faibles contre les forts, pour stimuler les initiatives privées, et même pour s'y superposer quelquefois¹. Il apparaît souvent en qualité d'héritier, venant à la succession, en concours avec des parents plus ou moins proches.

Ces grands changements sociaux n'ont pas manqué d'avoir leurs répercussions sur le droit. Ils se sont d'abord manifestés en matière de lois spéciales ; ensuite et d'une façon définitive dans les Codes.

Les différentes codifications élaborées à la fin du xix^e siècle et au commencement du xx^e, traitent toutes des personnes juridiques à la suite des personnes naturelles ; dans des articles nombreux, elles réglementent l'ensemble des problèmes que posent ces nouveaux organismes ; elles consacrent le droit de l'Etat en matière de tutelle, de protection de l'enfance, et même en matière de succession.

1. « A mesure qu'il se développe... l'Etat... exige de plus en plus de l'individu. La société réclame sans cesse de nouveaux sacrifices, un besoin satisfait engendre un besoin nouveau » (Ihering, *Evolution du droit*, n° 212).

Mais tout en consacrant ces droits, tout en limitant ainsi les anciens principes, elles continuent à proclamer la liberté individuelle, tant en matière de contrats et conventions qu'en matière de propriété. Ce droit est cependant de plus en plus limité dans l'intérêt social. La famille, fondée sur le mariage, subsiste comme avant ; mais ses liens sont bien plus lâches ; le nombre de ceux qui la composent est beaucoup moins grand et surtout beaucoup moins stable. La femme a recouvert ses droits ; elle ne perd plus sa capacité en entrant dans le ménage ; elle conserve souvent un état social égal à celui du mari.

Telles sont les innovations politiques dont nous allons parler, en examinant tour à tour le Code civil français, le Code civil allemand, le Code civil suisse, le Code civil brésilien et le Code civil soviétique.

A côté et en plus de ces éléments politiques se référant à la liberté, à l'égalité civile des personnes, un autre ensemble de questions se pose ; on les réunit d'habitude sous le nom de *Questions sociales*.

L'apparition de la grande industrie et les bouleversements entraînés à sa suite, ont donné naissance à des problèmes nouveaux ; on s'est rendu compte que le travail humain ne pouvait plus constituer une marchandise soumise aux principes habituels et à une réglementation uniforme du droit civil ; que le contrat de travail, réglementant les rapports du salarié et de l'employeur, intéresse un trop grand nombre de gens pour ne pas faire l'objet d'un examen plus approfondi que dans le passé ; la protection de la femme et de l'enfant suscite elle aussi tout un ensemble de problèmes nouveaux. Le législateur doit intervenir pour équilibrer les différentes forces sociales qui s'entre-choquent et permettre leur collaboration harmonieuse vers un but commun.

Il faut reconnaître que c'est cette voie qu'il a suivie depuis une vingtaine d'années : « La plupart des réformes effectuées par lui se rattachent à un petit nombre de directives qui ... ont une valeur constante : on s'efforce de protéger les faibles contre la tyrannie des

forts ... d'améliorer la condition de la femme mariée ; de rendre plus efficaces les responsabilités et, du même coup, la solidarité humaine ¹. »

Ces questions présentent un intérêt politique de premier ordre ; cependant, pour faciliter leur exposition, nous renverrons l'étude de la plupart d'entr'elles au chapitre suivant.

I. — *Rôle du droit local et du droit général dans le Code*

77. Nous avons vu dans le chapitre précédent combien grande était la fonction unificatrice d'un Code civil : en imposant des règles identiques à tous ceux habitant un même territoire, on assure l'unité juridique et on complète par là l'unité politique d'une nation.

Mais, pour y arriver, des difficultés sans nombre doivent d'abord être écartées, car l'unification rencontre souvent des tendances contraires ², des particularismes locaux ³ qui résistent à toute centralisation du

1. Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 1930, p. 32-33; H. Capitant, *Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans. Livre du Cinquantenaire de la Société de législation comparée*, t. I, 1930, p. 34.

2. Ces tendances se sont souvent affirmées dans l'ancien droit français (v. J. Van Kan, *op. cit.*, p. 192 et s.); elles ont trouvé des défenseurs dans la personne de juristes, tels que Montesquieu qui, dans son *Esprit des lois* y voit une façon d'assurer la liberté des individus. V. J. Van Kan, *op. cit.*, p. 200; André Roux, *Les observations du tribunal d'Appel de Montpellier, sur le projet de Code civil*, thèse Montpellier, 1919, p. 331-332; Caillemier, *Des résistances que les parlements opposèrent à la fin du XVI^e siècle à quelques essais d'unification du droit civil*, *Livre du Centenaire*, t. II, p. 1077.

3. V. Emmanuel Tilsch, *Le Code civil général autrichien, son origine et son développement*, *Revue de droit intern.*, 1911, p. 115, à propos des difficultés rencontrées lors de la rédaction du projet Horten; v. aussi pour l'ancien droit, Laurent, *Traité de droit civil*, t. I, n° 2, qui constate qu'« à défaut d'indépendance et de liberté politique, les provinces tenaient à leurs coutumes comme à des privilèges »; pour le droit allemand, Glasson, *La codification en Europe au XIX^e siècle. Etat actuel de la question à l'étranger*, *Revue pol. et parl.*, 1895, p. 203; pour le Code civil espagnol, M. le professeur vicomte Santa Maria Y De Rojas, *Bref aperçu de l'évolution du droit privé en Espagne*, 1869-1919, *Livre du Cinquantenaire*, t. II, 1923, p. 160-161; v. pour la Suisse, Lucien Brun, *Le rôle du juge en droit civil suisse*, thèse Grenoble, 1920, p. XI; *Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale pour modifier la Constitution. Unification droit civil 1896*, qui examine tous ces griefs et la valeur qui peut leur être accordée. V. p. 30-39. Ces particularismes peuvent se manifester quelquefois dans les décisions des tribunaux : ils supposent alors l'absence d'un organe juridictionnel supérieur unique pour tout le pays; tel est le cas aujourd'hui pour les Etats-Unis. Aussi « l'esprit particulariste des tribunaux qui n'est au fond qu'une forme de l'amour-propre local (y) joue... un rôle néfaste. Les Cours des

droit ; il suffit, pour en comprendre toute l'importance, de se rappeler les nombreuses tentatives faites pour arriver à un Code civil allemand¹.

A côté de ces particularismes, d'autres difficultés surgissent : les pays fédérés ou les territoires soumis pendant longtemps à une vie juridique distincte présentent souvent de telles différences dans leurs institutions juridiques, qu'il est très malaisé d'arriver à un régime unique ; cela l'est d'autant plus, que toutes ces institutions n'ont pas seulement une existence légale ; elles ont donné quelquefois naissance à tout un travail jurisprudentiel et doctrinaire qui en ont facilité la compréhension et l'application journalières. Comment pourrait-on faire abstraction d'un tel travail dans l'élaboration du nouveau Code ? C'est ce qu'on a depuis longtemps compris.

Aussi les grandes codifications modernes ont toujours été précédées d'amples études informatives portant sur l'ensemble des institutions nationales. Les commissions chargées de la rédaction des Codes étaient toujours composées des représentants des différentes parties du pays². On assurait par là, au moment de l'élaboration du nouveau travail, l'expression des différents systèmes juridiques développés sur un même territoire.

Cette unité et diversité doivent se manifester dans la composition même du Code, et cela, non seulement dans les pays confédérés³, mais aussi dans ceux centrali-

Etats, en effet, continuent à suivre leur ancienne jurisprudence basée sur les lois anciennes, et ne consentent pas à suivre les décisions qui ont pu être rendues dans d'autres Etats, à propos de lois uniformes » (Ch. Rey, *La commission américaine d'uniformité des lois d'Etats*, Paris, 1927, p. 120). L'importance de cette diversité était telle que le président de la commission d'uniformité, M. Ch. Thaddeus Therry, constate en 1913 qu'« elle rend inutiles les efforts faits pour obtenir l'uniformité des lois » (cité d'après Rey, *op. cit.*, p. 122). C'est ce qui explique le grand nombre de lois et de jurisprudences existant en Amérique sur un même objet : la tâche seule de les connaître « apparaît gigantesque ». V. Hervé L. Pleveu, Un grand cabinet de « lawyers » à New-York, *Revue pol. et parl.*, septembre 1930, p. 437.

¹ I. Crome, *Systém des B. G. B.*, p. 32.

² V. chap. Information.

³ Ici les réserves en faveur du droit cantonal résultent souvent de formules expresses. Tel fut le cas du C. O. S. qui contenait « un nombre relativement grand de tournures diverses pour formuler ces réserves ». Voir quant aux conséquences qui en résultaient, Charles Soldan (Juge trib. fédéral),

sés ; dans les deux cas, le législateur doit permettre la libre évolution des institutions civiles ; ce n'est que par des formules larges et souples qu'il tendra à la fusion consciente des différents droits. Tout Code doit faire une place aux particularités locales¹, car les populations restent très attachées à leurs lois civiles ; aussi, « là où il y a des particularités enracinées, les différenciations sociales et économiques répugnent à l'uniformité² ». C'est ce qui explique que la plupart des Codes contiennent dans leurs articles des dispositions renvoyant aux lois des pays, des cantons, ou aux usages locaux³.

78. Nous n'étudierons sans doute pas le cas où la Constitution fédérale enlève à la compétence centrale certaines matières de droit civil, pour en charger les législations particulières des pays. Ce qui nous intéresse, c'est l'étude seule du Code civil.

Or, lors de la rédaction du Code civil allemand⁴, on abandonna aux législations des pays tout un ensem-

Le Code fédéral des obligations et le droit cantonal. Recueil Lausanne, p. 152-153; pour le droit allemand, ces exceptions se trouvent dans les art. 60-152 de la loi d'Introduction. Cette loi se divise en effet en quatre parties, dont la 3^e se réfère au domaine réservé à la législation des pays. On trouve dans le Code civil allemand lui-même peu de « renvois aux lois des pays ». V. cependant ces cas, dans Crome, *System des B. G. B.*, t. I, p. 48, qui cite art. 22 et s., 80, 133, 795, 907, 918 al. 2, 1123 al. 2, etc.

1. Tel fut le cas du Code civil espagnol. V. Aucoc, note sur le Code civil espagnol, rapport verbal, *Comptes rendus de l'Ac. des Sc. morales et pol.*, 1889. L'auteur constate qu'« en 1880, on a pris le parti de respecter dans une large mesure les législations locales, sauf à les préciser et à en faire un appendice au Code civil » (p. 918); le Code civil français a fait lui-même de nombreux renvois aux usages locaux. V. Planiol, *Traité de droit civil*, t. I, p. 6.

2. Gierke, *Der Entwurf eines Burgerlichen Gesetzbuches*, 1889, p. 96; v. aussi p. 2.

3. Tel est notamment le cas du Code civil espagnol qui se réfère souvent aux « locales fueros ».

4. Le mémoire de l'avant-commission, approuvé le 22 juin 1874 par le Conseil Fédéral, indique déjà les matières à abandonner à la législation de chaque Etat. « En ces divers points d'ailleurs, les pouvoirs législatifs de chaque Etat pourraient être limités par certains principes fondamentaux inscrits dans le Code, et d'un autre côté, même pour les matières comprises dans le Code, on pourrait réserver une part aux législations particulières, en tant que cela paraîtrait utile et ne présenterait pas d'inconvénients, ainsi en ce qui concerne la tenue des registres fonciers; peut-être même en ce qui concerne les régimes matrimoniaux, sur lesquels l'établissement d'une législation uniforme paraît présenter les plus grandes difficultés ». Bufnoir, Communication sur les travaux préparatoires du Code civil allemand, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1880, p. 105; v. aussi Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 53-58.

ble d'institutions présentant un caractère suranné ou bien n'étant pas encore arrivées à un développement suffisant¹.

Il en fut de même pour la Suisse, où des questions nombreuses furent abandonnées au droit cantonal²; il suffit de parcourir le Code civil suisse pour s'en rendre pleinement compte; nous nous contentons de citer les nombreux renvois en matière de personnes juridiques, de régimes matrimoniaux, de tutelle, de propriété, de régime hypothécaire.

Si nous examinons de près cet ensemble, nous discernerons facilement qu'il appartient au droit public plutôt qu'au droit privé³; qu'il se réfère à des règles de police administrative, d'organisation. La diversité en cette matière se conçoit facilement. Il en est de même lorsque le Code civil suisse renvoie au droit local en matière de « voisinage », ou d'accessoires de la propriété; on se trouve ici en présence de questions complexes variant de localité à localité et qu'il vaut mieux abandonner à la coutume du lieu. Ces questions secondaires de réglementation, de police, ne peuvent porter atteinte à l'unité de l'œuvre; de plus, le législateur se contente souvent

1. Les renvois à « la Verkerhsitte » (usages locaux) sont nombreux. V. art. 157, 151, 242. V. aussi Loi d'Introduction établissant un grand nombre de réserves en faveur des Etats, art. 56-152. On a même accusé le Code civil allemand d'avoir trop abandonné aux législations des pays : « ce qui est plus grave encore, c'est d'avoir trop respecté les droits des législateurs des Etats; puisque tout le droit civil était dévolu à la loi fédérale, il fallait en user sans crainte et ne pas renvoyer incessamment, comme on l'a fait, à celle locale. Ce défaut se trahit surtout dans la loi d'Introduction... il affaiblit beaucoup l'importance de l'unification... » (Raoul de la Grasserie, *Projet de Code civil allemand*, p. XXIII).

2. Aussi l'art. 5 du Titre préliminaire du Code civil suisse déclare : « Les cantons ont la faculté d'établir ou d'abroger les règles de droit civil dans les matières où leur compétence législative a été maintenue ». Pour le reste, l'al. 2 du même art. ajoute : « Le droit cantonal précédemment en vigueur est tenu pour l'expression de l'usage ou des usages locaux réservés par la loi à moins que l'existence d'un usage contraire ne soit prouvé ». V. quant à la valeur de cet article pour le développement du droit cantonal, Hüber, *op. cit.*, t. I, p. 32-33; v. aussi quant à la fixation de cette compétence, quant aux matières abandonnées à la compétence des cantons, Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse (28 mai 1904), p. 11.

3. Le Code civil suisse a renvoyé au droit cantonal pour un ensemble de matières ayant un caractère mixte. V. Hüber, *op. cit.*, t. II, p. 9-10. « Le régime foncier garde à bien des égards un caractère social » (*ibid.*, p. 10). Les lois cantonales renvoyaient déjà aux usages locaux; aussi le Code n'a-t-il pas innové en y renvoyant. V. *op. cit.*, p. 11.

à poser des principes généraux qui empêchent une trop grande diversité.

En dehors des cas limitativement énumérés par le Code lui-même, le législateur doit accorder, par la rédaction même de ses formules, une liberté suffisante : cela, afin que toutes les classes de la population puissent développer utilement leurs institutions, selon le mode qui leur conviendrait le mieux. L'unité n'en recevra aucune atteinte.

Toute divergence doit être exclue là où le demandeur l'intérêt général et les idées morales et économiques partagées par tous les éléments sains de la population. Mais, quand cet intérêt cesse d'être en jeu, il ne nous semble pas qu'un droit unique doive pouvoir faire obstacle à la liberté que réclament des besoins et des aspirations spécifiques. Seul, ce système de liberté peut effectivement, sans nuire à l'unité, tenir compte de ces particularités¹. Lui seul permet à toutes les forces d'une nation de se développer harmonieusement et de prendre conscience d'elles-mêmes. Un tel régime est non seulement souhaitable, mais possible dans tout état, centralisé ou non.

L'expérience faite en ce sens par la Suisse est des plus probantes : conformément aux vœux émis dans le message², la généralité des formules législatives a permis au nouveau Code de s'adapter aux nombreux besoins du pays ; loin d'empêcher le développement des différents droits, elle en facilite l'évolution ; elle permet ainsi une fusion plus libre et par là même plus consciente. Aussi devra-t-elle servir de modèle à toutes les codifications d'avenir.

79. Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire sur l'importance du droit local et du droit général dans un Code. Le législateur devra tenir compte, dans son travail, des différentes institutions locales ; elles sont souvent le résultat de tout un travail inconscient, de

1. Huber, *op. cit.*, t. I, p. 7.

2. Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée fédérale du 28 mai 1904.

toute une tradition¹. Par un système de liberté imprimé à ses formules, il doit leur permettre de se développer conformément aux besoins des populations qu'elles sont appelées à régir.

Ces besoins doivent attirer son attention ; il ne faut pas cependant qu'il oublie que tout Code doit avoir un caractère *unitaire et national*.

Unitaire, pour soumettre aux mêmes règles tous ceux habitant un même territoire. Ce n'est qu'ainsi qu'on arrive à créer une conscience commune du droit ; nous sommes bien loin de penser avec d'autres que l'application des mêmes lois sur tout le territoire doit être rejetée comme base de la législation. Aussi, tout en admettant la généralité des formules, nous demandons pour le Code l'unité de principes et de direction.

National, parce qu'un Code est appelé à régir une nation : il doit exprimer ses intérêts permanents, passés et à venir : ce n'est que par là qu'il pourra accomplir sa mission politique de consolidation.

Unitaire et national, contenant cependant des formules assez lâches pour permettre à la vie d'évoluer, tel sera le Code d'avenir ; appelé à clore une époque et à ouvrir la voie à une vie nouvelle, il devra appliquer les principes sociaux nouvellement consacrés. C'est ce qu'on a compris dès 1791, lorsqu'on demanda, pour la première fois², un Code civil conforme aux principes de la nouvelle Constitution.

Toute époque de transformations ou de révolutions sociales apporte des modifications dans la vie et dans le droit. Elle ne peut ne pas avoir son retentissement dans les Codes civils, qui sont l'expression la plus fidèle de cette vie. C'est ce que nous verrons maintenant, dans l'étude que nous nous proposons d'entreprendre.

1. Voir même sens Virgil Rossel et E. Mentha, *Manuel du droit civil suisse*, t. I, p. 48, Lausanne, 1912.

2. Le décret de l'Assemblée constituante du 5 juil'et 1790 décide qu'il sera fait « un Code général de lois simples, claires et appropriées à la Constitution ».

II. — *Etude des facteurs politiques dans les différents Codes civils modernes.*

80. Tout Code de droit civil doit développer dans ses articles les principes juridico-politiques consacrés par les Constitutions qui l'ont précédé ; il doit s'inspirer à l'ambiance sociale qui a présidé à leur élaboration. Ces principes, maintes fois affirmés et suivis, doivent servir de base aux codifications d'avenir.

Toute Constitution contient souvent, en plus des dispositions sur l'organisation et sur les pouvoirs de l'Etat, des principes généraux de droit privé, civil ou pénal. Il est donc normal que les Codes et les lois qui suivent, développent et appliquent ces principes. Etudier ces facteurs politiques, voir leur développement dans les différents Codes civils, tel sera l'objet de cette section.

Nous examinerons tour à tour, dans le Code civil français, dans le Code civil allemand, dans le Code civil suisse, dans le Code civil brésilien et dans le Code civil soviétique, — la liberté et la personnalité en droit civil, ainsi que tous les autres principaux facteurs politiques. Après cette étude des différents Codes civils, nous n'aurons qu'à dégager quelques idées communes dans notre conclusion.

A. — *Code civil français.*

81. Nous commençons notre étude avec le Code civil français, non pas seulement parce qu'il est le plus ancien en âge, mais parce qu'il est le premier à établir un équilibre social « entre le droit ancien et le droit nouveau ¹ » ; rédigé à la fin de la Révolution et des trans-

1. Jossierand, Cours de droit civil français, 1930, p. 29 ; V. aussi Batbie, Révision du Code civil, *Rev. critique de légis. et de juris.*, 1866, p. 126-127 ; Esmein, *Histoire du droit français de 1789-1814*, Paris, 1908, p. 337 ; Kohler, *Technik der Gesetzgebung, Archiv für die Civilistische Praxis*, 1896, p. 348 ; Gény, *La technique législative, op. cit.*, qui constate qu'on trouve dans le Code civil français, « la formule générale de la codification civile moderne, harmonisée avec l'unification politique, en même temps qu'appropriée aux nouvelles

formations sociales qui avaient suivi, le nouveau Code contient dans ses articles l'affirmation d'une nouvelle vie pour le droit. Sans doute, les principes philosophiques dont s'enorgueillissaient certains projets devanciers¹ avaient disparu, mais on y trouve néanmoins, exprimés en de nombreux articles, les principes de liberté et d'égalité nouvellement consacrés². Il suffit de parcourir le Code civil français pour découvrir à chaque pas l'ample liberté accordée aux parties ; elles peuvent rédiger leurs contrats matrimoniaux³ et leurs testaments⁴ comme bon leur semble : elles peuvent contracter librement⁵ ; la loi donne plein effet aux rapports établis entre elles et n'intervient que pour suppléer à la défaillance de leurs volontés. Cette liberté n'est écartée que lorsqu'elle porte atteinte aux bonnes mœurs et à l'ordre public⁶.

Il en est de même du principe d'égalité : On le trouve

exigences de la civilisation » (p. 1017); Planiol, *Grande Encyclopédie*, Code civil français, t. XI, p. 792; Baudouin, Le centenaire du Code civil et le comité du Centenaire, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 391; Glasson, discours prononcé à la séance solennelle du Centenaire du Code civil, tenue à la Sorbonne le 29 octobre 1904, *Comptes rendus de l'Académie des Sc. mor. et pol.*, 1904, p. 6; v. aussi Ernest Lavis, *Histoire de France contemporaine*, t. III, p. 168; Introduction au livre de Fr. Cosentini, *Le droit de famille, Essai de réforme*, 1929, p. 4-5.

1. On trouve ces principes consacrés dans le Code civil prussien de 1794, à la demande expresse de Frédéric II dans son ordonnance à Coceijo du 31 décembre 1746. La présence de tels principes de droit naturel dans les différents projets de Code civil français durant la révolution, est trop connue pour y revenir. (V. notamment là-dessus Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, pp. 2-3, 11 et s.) Nous tenons simplement à rappeler que l'art. 1^{er} du Livre préliminaire du Code civil, — qui fut par la suite supprimé — déclarait : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives; il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes ».

2. « Le Code de 1804 a été le premier Code démocratique. Il a fixé, pour la première fois, les règles d'une société délivrée des liens féodaux et fondée sur l'égalité des droits... De là son succès, partout où la Révolution française a exercé son influence » (*Le Code civil*, par Maurice Sabatier, Paris, 1904, p. 38); Glasson : « Le Code civil a organisé la famille et la propriété sur la double base de l'égalité et de la liberté, sans tenir aucun compte des distinctions de noblesse ou autre, » (Discours sur centenaire du Code civil, prononcé à la Sorbonne le 29 octobre 1904, p. 5); v. aussi H. Reymond, *Etude sur les institutions civiles de la Suisse*, thèse Genève, 1885, p. 223; Rossi, cité par Ginoulliac, *De la codification et de son influence*, Mémoire présenté à l'Académie de Toulouse, 1861, p. 426; Rossi, Observations sur le droit civil français, *Rev. de légis. et de juris.*, 1840, p. 19; Larnaude, *Le Code civil et la nécessité de sa révision, Livre du Centenaire*, t. II, p. 925-926.

3. V. art. 1387.

4. Art. 967.

5. 1134 et s.

6. Art. 6. V. sous cet art. ses nombreuses applications.

consacré dans l'article 8 du Code : « Tout Français, déclare celui-ci, jouira des droits civils. » Ce principe est tellement ancré dans nos mœurs que cette disposition pourrait paraître inutile aujourd'hui ; elle ne l'était cependant point à la fin de l'ancien régime si divisé par ses distinctions de classe et de personnes ; aussi fallait-il que le nouveau Code rappelât à chaque instant les transformations nouvellement intervenues. Il le fait en parlant des droits civils des personnes¹, de ceux de l'enfant venant à la succession², en matière de substitutions, et dans tout le titre des successions³.

Il va si loin souvent, qu'il sacrifie à cette idée d'égalité toute autre considération ; il en est ainsi notamment en matière de partage, lorsqu'il exige « de faire entrer dans chaque lot ... une même quantité de meubles, d'immeubles de droits ou de créances de même nature ou valeur⁴ ». On a souvent parlé des dangers qui pouvaient résulter d'une fausse interprétation de cet article. Ce fut le cas de la jurisprudence française : oubliant que le Code demandait dans la première phrase de l'art. 832 : « D'éviter, autant que possible, de morceler les héritages et de diviser les exploitations », elle applique d'une façon absolue l'idée d'égalité en notre matière ; de là, une véritable « pulvérisation du sol » donnant lieu aux pires difficultés économiques⁵.

Cette égalité en matière de succession s'explique par le désir du législateur de créer une classe moyenne ; on devait commencer par morceler les héritages entre un plus grand nombre. On saisit ici sur le vif les rapports étroits existant entre le régime successoral et l'organisation politique d'un pays ; le régime féodal avait créé le droit d'aînesse et le fief ; le principe d'égalité devait conduire au partage du patrimoine en portions égales entre tous les enfants.

1. Art. 8, ancien texte.

2. Art. 745.

3. Les cas sont trop connus pour nous y arrêter. V. cependant art. 732.

4. Art. 832.

5. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, p. 524.

Tels sont les facteurs politiques principaux intervenant dans le Code civil français. Le principe de liberté se manifeste aussi en matière d'exercice de la propriété ; tout en y apportant des restrictions, le Code civil français consacre la propriété individuelle.

Nous avons dégagé ainsi les traits politiques principaux de ce Code ; « organisant la famille et la propriété sur la double base de l'égalité et de la liberté ¹ », il a développé les principes consacrés par la Révolution et a consolidé l'état de choses nouvellement créé.

Mais quelle que fût la supériorité de ce Code au moment de son éclosion, il présente aujourd'hui un grand nombre de lacunes ; on a souvent dit que c'était un « Code bourgeois ² », contenant des dispositions antisociales et ignorant tout un ensemble d'institutions juridiques.

82. Sans doute le Code ne contient pas des textes spéciaux se référant aux droits d'auteur ni aux personnes juridiques ; il ne parle de ces dernières qu'incidemment dans quelques articles ³. Mais cela s'explique par leur peu d'importance d'alors et par des raisons politiques spéciales ⁴.

Quant à la distinction qu'il établit entre les meubles et les immeubles par rapport à leur valeur économique, elle se conçoit pour l'époque de sa rédaction ; l'absence d'une grande industrie et de valeurs mobilières, l'importance traditionnelle accordée aux immeubles en sont les principales raisons.

Quant au caractère antisocial de la propriété qu'on invoque, il ne résiste pas à une discussion sérieuse : en rédigeant l'article 544, le législateur a voulu dire que la

1. Glasson, J discours prononcé à la séance solennelle du Centenaire du Code civil, tenue à la Sorbonne le 29 octobre 1904, *Comptes-rendus de l'Ac. des Sc. morales et politiques*, p. 5.

2. Glasson, Les sources du droit, A propos du livre de Génv, *Méthodes d'interprétation, Comptes-rendus de l'Ac. des Sc. morales et politiques*, 1901, p. 496.

3. V. art. 910, à propos des dispositions à titre gratuit ; art. 619 à propos de la durée de l'usufruit.

4. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 657.

propriété, telle que la conçoit le Code civil, devait être entière, dégrevée de toutes charges foncières ; il entendait exclure par là l'ancien régime de la propriété, si réduit et limité par l'organisation féodale. Cette même conception se rencontre encore plus loin : dans le titre IV, *les Servitudes et services fonciers*, le codificateur déclare en effet : « La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre¹. »

Le Code civil français consacre ainsi le principe de liberté en matière de propriété ; loin de lui conférer un caractère absolu, antisocial, cette liberté lui accorde une grande valeur économique et par là même sociale.

Seule la critique se référant au contrat de travail semble avoir plus de valeur : en effet, le Code n'a consacré à ce contrat que deux articles ; le dernier établissait une telle inégalité entre les parties², qu'il a dû être effacé du Code sous la poussée des circonstances.

Mais ce caractère s'explique aussi par les facteurs politiques présidant la rédaction du Code civil : la grande industrie ne s'était pas encore développée ; le travail gardait son caractère patronal. En soumettant le contrat de travail aux principes du droit commun, les rédacteurs du Code s'étaient plus ou moins laissés guider par le principe de non-intervention qui dominait cette époque.

Le principe de liberté absolue conservait encore une trop grande importance, pour ne pas s'imposer en notre matière ; les rédacteurs du Code ne pouvaient prévoir la rapidité des transformations économiques qui suivirent et qui bouleversèrent complètement les rapports contractuels se référant au travail. C'est ce que nous verrons, lorsque nous parlerons du facteur économique dans le Code.

A côté de cette lacune, il y en a bien d'autres à citer : elles s'expliquent toutes par la tradition et par les circonstances politiques ayant présidé à la rédaction du

1. Art. 638.

2. On sait en effet que l'art. 1781 (abrogé par la loi du 2 août 1868) déclarait que « le maître est cru sur son affirmation ».

Code. Tout en consacrant le principe de liberté, le Code maintient l'infériorité de la femme dans le ménage ; on a souvent relevé cette infériorité des Codes latins, qui n'avaient même pas une origine romaine¹ ; créée dans l'ancien droit, sous la poussée de circonstances diverses, cette théorie n'est pas basée sur une idée bien précise² ; aussi la trouvons-nous de plus en plus réduite dans les Codes qui suivront, jusqu'à disparaître complètement aujourd'hui.

Si on ajoute à cette incapacité de la femme mariée, la faible protection accordée aux mineurs et aux enfants naturels, le pouvoir absolu appartenant au père dans la tutelle et dans l'administration des biens de ses enfants, le peu d'autorité octroyée à l'Etat en matière d'assistance et de contrôle de tutelle, on comprendra facilement l'ensemble des caractères du Code civil français.

Tout en étant imbu de liberté et d'égalité, il est avant tout individualiste³ ; cela, tant en matière de propriété que de famille. Certes, il apporte de nombreuses atténuations à une conception trop absolue ; mais les droits du père et du mari demeurent encore bien trop larges ; le propriétaire n'est pas suffisamment responsable de ses biens. Aussi, toute l'évolution juridique qui devait suivre a apporté de grandes transformations en ces deux domaines. Est-on allé trop loin dans cette voie ? C'est ce que nous dirons dans notre conclusion. Nous tenons à relever à nouveau que l'ensemble des institutions du Code civil français s'explique par les circons-

1. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours de droit civil français*, t. I p. 617; Meynial, *Cours d'histoire de droit privé*, professé à la Fac. de Paris en l'an 1925-1926.

2. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours de droit civil français*, t. I, qui constatent : « En somme l'incapacité de la femme mariée apparaît dans notre législation actuelle comme une institution bâtarde, issue de deux tendances bien différentes ; sur le vieux tronc de la puissance maritale qui est à sa base, s'est greffée une idée nouvelle, celle de protection » (p. 618).

3. Il ne fait pas là qu'exprimer une idée ayant prévalu dans la philosophie sociale du XVIII^e siècle. V. même sens Alexandre Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, 1904, p. 5; Percerou, A propos du livre d'Alvarez, *Rev. crit. et juris.*, 1905, p. 104-105; Gioele Solari, *L'Idea individuale et l'Idea sociale nel Diritto privato*, parte I, L'idea individuale, Torino, 1911.

tances politiques et sociales qui ont présidé à son élaboration. Nous passons maintenant au Code civil allemand.

B. — *Code civil allemand.*

83. Le Code civil allemand, — rédigé à la fin du XIX^e siècle, — devait contenir dans ses formules les transformations politiques de son époque¹. C'est ce qui résulte de l'avis de l'avant-commission au Reichstag : « Le B. G. B., y lisons-nous, doit comprendre et résumer en quelque sorte le droit civil correspondant à l'état actuel de l'Allemagne². »

Dans quelle mesure ces principes furent-ils suivis ? C'est ce que nous dirons au cours de nos développements qui suivront. Nous nous contentons de constater pour le moment que le Code allemand consacre à nouveau les principes de liberté et d'égalité civiles ; il permet aux parties de régler leurs accords contractuels comme bon leur semblera ; il n'intervient que pour les compléter et y suppléer au besoin. Le B. G. B. accorde à l'autonomie de la volonté une place plus importante que dans les législations antérieures : il déclare, en effet, que la seule offre oblige ; il permet aux parties de s'obliger par acte unilatéral et de constituer des fondations par testament ; bien plus, « la mise en œuvre de l'annulation » d'un acte (art. 243) se réalise par simple déclaration unilatérale de volonté.

A côté de l'intérêt individuel apparaît l'intérêt social ; l'offre détachée de celui qui l'émet n'est pas seulement un fait individuel, mais aussi et surtout un fait social ; la loi la considère comme telle et ne tient compte que de son expression extérieure.

¹ 1. C'est ce que constate aussi Raoul de la Grasserie, *Projet de code civil allemand*. Esprit général du projet ; il a « le grand mérite de reprendre la voie de l'évolution où l'on s'est arrêté, d'examiner et d'essayer de résoudre à nouveau tous les problèmes du droit civil, de tenir compte de la nouvelle situation économique, sociale et psychologique que les progrès de la sociologie et de l'instruction ont faite... » (p. XV).

² 2. Endemann, *op. cit.*, p. 18 ; Hölder, *Kommentar des B. G. B.*, t. I, p. 6-7.

Certains ont cru voir dans cette interprétation restrictive une atteinte portée, dans l'intérêt social, à l'autonomie de la volonté. Nous ne croyons pas que cette atteinte existe en réalité : le Code consacre l'autonomie de la volonté ; en lui imposant certaines responsabilités, il ne fait que la rendre plus consciente et ne peut par là que la consolider. Il y a là plutôt une conciliation entre l'intérêt individuel et l'intérêt social qu'une véritable atteinte du premier.

Cette même liberté se rencontre en matière d'exercice de la propriété : la loi consacre le droit du propriétaire « de se comporter à l'égard de sa chose comme bon lui semble et d'empêcher une autre personne d'en faire le moindre usage ¹ ». Il n'en est plus ainsi quant au droit de propriété lui-même ; tout en abandonnant aux législations cantonales « les censives, les baux héréditaires, les fidéicommiss de famille », — ensemble d'institutions qu'il considère périmées, — le B. G. B. continue à réglementer « les redevances foncières » (art. 1105-1112). Ces redevances peuvent être établies à perpétuité ; elles constituent alors un véritable démembrement du droit de propriété.

Ce n'est pas seulement le principe de liberté qu'on rencontre dans le Code ; on y trouve aussi, maintes fois affirmé, celui de la personnalité et de l'égalité civiles ; le législateur allemand consacre le droit de toute personne à exercer ses droits civils ² ; celui des enfants de venir à la succession pour parts égales ³.

Il importe surtout de noter l'importance des droits nouvellement accordés à la femme mariée ; en principe, celle-ci ne perd plus sa capacité par suite du mariage ; elle peut devenir tutrice, exercer les mêmes professions que son mari ; elle conserve l'ensemble de ses droits civils : elle peut contracter, ester en justice. Les seules

1. V art. 903 des B. G. B.

2. Art. 1, v. aussi Code civil Allemand, t. I, 904, p. 1, note sous l'art. 1 ; le B. G. B. permet d'interdire ceux qui sont dans un « état d'ivresse habituelle » (art. 6), al. 37.

3. Art. 1924, al. 4.

restrictions qui sont apportées à sa capacité résultent du régime matrimonial existant et de la nécessité de maintenir l'unité de vues dans le ménage. S'inspirant de cette idée d'unité, le Code permet au mari, — pour le cas où la femme s'engagerait à une prestation personnelle vis-à-vis d'un tiers, — de « s'adresser au Tribunal des tutelles pour dénoncer cet engagement » (art. 1358).

En consacrant cette capacité de la femme mariée, le législateur allemand s'est inspiré des idées féministes qui s'affirmeront aussi de plus en plus dans les Codes et législations qui suivront.

84. C'est surtout en matière de personnalité que le Code civil allemand a innové ; à côté des *personnes naturelles*, il place les *personnes juridiques*¹ ; il leur consacre de nombreux articles (art. 21 à 89). Il distingue parmi les personnes juridiques : 1° Les associations ; 2° les fondations ; 3° les personnes juridiques de droit public.

Nous avons déjà parlé plus haut de la pleine liberté accordée par le Code civil allemand à la création des fondations ; tenant compte de leur importance sociale, le législateur allemand en permet la constitution directement et sans intermédiaire, par acte de dernière volonté. Cette même liberté se rencontre en matière d'associations : le B. G. B. établit même une distinction entre les associations poursuivant un but idéal et celles qui n'ont qu'un objet économique : alors qu'il soumet l'obtention de la personnalité pour les dernières à une autorisation spéciale de la part de l'Etat, il ne demande pour les premières que des mesures de publicité.

En consacrant l'existence des personnes juridiques en droit civil, — en les déclarant capables d'exercer des

1. « Le Code civil n'a entendu régir en matière d'associations que la question patrimoniale, cela relativement à la capacité juridique entendue de la capacité d'être un sujet de droits.... se trouve réserver donc toute celle concernant la question de savoir à quelles conditions une association sera licite et à quelles conditions elle pourra être dissoute » Code civil allemand, t. I, 1904, p. 228.

droits et d'encourir une responsabilité, — le B. G. B. a élargi de beaucoup la sphère de la personnalité ; en reconnaissant aux personnes naturelles le droit au nom, au crédit moral¹, il en a augmenté la protection juridique.

Certains ont cru voir dans le Code civil allemand un renforcement exagéré de la notion d'individu ; ils ont cru que cette notion s'était imposée au législateur allemand, en même temps que celle du droit individualiste² ; ils invoquent à l'appui de cette thèse l'ensemble des articles consacrant les droits de l'individu (art. 823 à 903) ; ils accordent à l'article 226 une valeur toute restreinte.

Nous croyons, avec la théorie ancienne, que le Code civil allemand n'a pas pris parti sur les questions de principes ; quant aux raisons qui nous font affirmer cela, elles sont multiples : il suffit, pour s'en rendre compte, de lire les nombreuses atténuations qu'il apporte même au droit de propriété dans les articles 903, 904, 905 et suivants. Il nous semble que c'est plutôt le caractère social du droit qui a prévalu ; de nombreux articles du Code sont en ce sens : le législateur allemand prohibe la chicane, sanctionne l'abus dans le droit³, protège les faibles contre les forts⁴.

Il en est ainsi notamment dans les nombreuses dispositions du Code civil en matière de contrat de service ; le législateur ne garantit pas seulement à l'ouvrier vivant en communauté avec son patron l'assistance en cas de maladie (art. 617), l'entretien des instruments et des lieux (art. 618), afin d'éviter tout danger dans son travail ; il lui assure aussi, sous peine de dommages-intérêts envers le patron, « la santé, la

1. V. art. 11 ; v. aussi art. 823 et s.

2. V. J. Bonnet, Suppl. au Baudry-Lacantinerie, t. I, 1924, p. 513-520.

3. V. art. 226.

4. V. Enlemann, *op. cit.*, t. I, qui après nous avoir cité un grand nombre d'exemples conclut : « cette énumération n'est pas tout à fait complète, mais on ne peut reprocher au Code que l'idée sociale est absolument absente » (p. 8 note 1).

moralité, la religion » (art. 618). Cette protection des faibles et d'autant plus efficace, que le Code civil allemand prévoit l'intervention et la surveillance des autorités publiques : il attribue aux communes la protection des enfants assistés ¹, au tribunal des tutelles, la surveillance de l'administration des biens des incapables.

Tout cela constitue une véritable réaction contre le droit individualiste. Si nous ajoutons à cela les restrictions apportées à la liberté individuelle pour cause d'ivrognerie, on se rend facilement compte de l'impossibilité d'admettre pour le Code civil allemand, l'existence d'un système individualiste trop absolu. C'est plutôt la société qui l'emporte sur l'individu dans le Code civil allemand ; elle lui impose les obligations qu'exige toute vie en commun.

Il serait sans doute intéressant d'examiner maintenant d'une façon plus approfondie le droit social de ce Code ; nous ne le ferons cependant pas, préférant renvoyer ces questions à un chapitre spécial.

C. — Code civil suisse.

85. L'étude des facteurs politiques dans le Code civil suisse présente un intérêt considérable ; plus que partout ailleurs, on s'est rendu compte en Suisse de l'importance de la liberté dans le développement d'un peuple et de son droit ². Il suffit pour s'en rendre compte de parcourir « le *Message du conseil fédéral à l'assemblée fédérale* demandant la modification de la Constitution et l'unification des droits privés » ; on y trouve mentionnée à chaque page cette nécessité : « La liberté dans le domaine du droit civil, y lisons-nous, apporterait à notre pays un avantage réel ³ ; elle ren-

1. V. quant à la « coopération du Conseil communal des Orphelins » à la tutelle des mineurs, art. 1849-1851.

2. V. Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale pour modifier la Constitution (1896), p. 45-46 ; Huber, Exposé de motifs, t. 1, p. 6, p. 521.

3. *Ibid.*, p. 29.

forcerait chez les citoyens le sens moral, la confiance en soi, la conscience de la responsabilité, le sentiment du devoir et l'énergie pour l'accomplir¹. »

Telle était la conception de base du Code civil suisse ; aussi voyons-nous ce principe maintes fois affirmé² ; le législateur suisse n'intervient que pour suppléer à la volonté des parties et pour sanctionner les atteintes à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; cette liberté ne s'applique pas seulement par rapport aux parties : elle s'impose aussi aux juges dans l'interprétation des conventions.

A côté, et en plus des principes de liberté, le Code consacre expressément celui de l'égalité : en effet, il déclare dans son article 11 : « Toute personne jouit des droits civils. En conséquence, chacun a, dans les limites de la loi, une aptitude égale à devenir sujet de droits et d'obligations³. » Ce même principe s'applique aussi en matière de successions : mais en opposition de ce que nous avons dit pour le Code civil français, le Code civil suisse ne sacrifie pas à l'idée d'égalité toute autre considération économique⁴.

Cette égalité règne aussi par rapport aux époux : le Code civil suisse ne connaît pas l'incapacité de la femme mariée ; lorsqu'il parle, dans ses articles 16 et 17, des personnes incapables d'exercer leurs droits, il ne place pas la femme parmi ces personnes. Sans doute, la femme porte le nom et acquiert le droit de cité de son mari (art. 161, § 1) ; mais elle conserve sa capacité civile : elle peut ester en justice (art. 168), « elle peut exercer

1. *Ibid.*, p. 29.

2. V. *op. cit.*

3. Commentant cet article, le Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale (28 mai 1904) dit... « Les personnes physiques sont toutes au même titre la jouissance des droits civils... L'importance des diverses formes de l'activité professionnelle en droit privé est déterminée dans les chapitres traitant de telle ou telle institution juridique; on y trouvera des dispositions spéciales relatives par exemple aux commerçants, aux artisans, aux ouvriers... » (p. 17).

4. C'est ce que nous verrons par la suite dans le chap. sur le facteur économique. V. cependant Huber, *op. cit.*, p. 3, qui constatant qu'un conflit « peut naître entre les différents éléments intervenant dans la rédaction d'un Code » déclare : « le conflit sera tranché alors dans le sens le plus favorable au bien général, en tenant dûment compte des divers intérêts en présence ».

une profession, une industrie, avec le consentement exprès ou tacite de son mari ¹ » (art. 167, § 1) ; si le mari refuse son consentement, la femme peut obtenir, sous certaines conditions, celui de la justice. On voit, par ce qui vient d'être dit, l'importance de plus en plus grandissante de la capacité de la femme dans le ménage.

86. Il importe encore de noter la valeur accordée par le Code à la personne naturelle ou civile. En principe, il accorde la capacité de droit à toutes personnes ; il n'exclut de cette faculté que ceux qui sont dépourvus de raison : le Code commence par citer le cas du mineur, du faible d'esprit, de l'ivrogne ; il termine en employant une formule toute générale « ou d'autres causes semblables ² ». Cette formule permet aux juges de tenir compte de l'hypnose, du morphinisme et d'autres maladies semblables. On perçoit la protection que la loi accorde ainsi à la personne humaine et à la morale publique, puisqu'elle permet au juge d'exclure de l'exercice des droits tout un ensemble de cas pathologiques. Cette protection se manifeste encore en matière d'interdiction : la loi déclare formellement que seul peut être interdit pour aliénation mentale, celui dont la maladie résulte d'un rapport de trois experts.

Le Code garantit la personnalité humaine par tout un ensemble de dispositions : il consacre son inviolabilité et son inaliénabilité dans de nombreux articles ; ses règles se réfèrent à la protection du nom, au recours aux juges pour faire cesser les atteintes illicites ³ ; grâce à l'ensemble de ces dispositions, grâce surtout à l'interprétation donnée par les auteurs aux mots « intérêts per-

1. V. Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant le projet de Code civil suisse (28 mai 1904), p. 27.

2. Art. 16 du l. 1, Droit des Personnes, t. I, Des personnes physiques.

3. Voir art. 28, al. 1 C. C. S. Le Code accorde dans le 2^e al. du même art. « une action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale ». Nous verrons plus tard l'importance de cette réparation pour le législateur suisse ; contentons-nous de constater qu'afin d'éviter des abus, il ne l'accorde que « dans les cas prévus par la loi » (art. 28 al. 2). Voir là-dessus Virgil Rossel et Mentha, *loc. cit.*, p. 90.

sonnels », la personnalité humaine se trouve amplement protégée.

A côté des personnes physiques, la loi accorde pleine capacité aux personnes morales; il suffit pour cela qu'elles soient organisées corporativement et inscrites au registre commercial (art. 52) ¹; la loi dispense même de cette dernière formalité certains établissements de droit public, les associations poursuivant un but idéal, les fondations ecclésiastiques et de familles ².

Un régime de liberté si large n'a pas manqué d'étonner les juristes suisses ³; il s'explique par le désir maintes fois affirmé, au moment même de la rédaction du Code, de conférer à toutes personnes naturelles ou juridiques les plus grandes facilités de développement; on ne pouvait y arriver qu'en entourant le droit à la personnalité d'un faisceau de libertés et de garanties.

Le législateur suisse protège la personnalité ⁴; il consacre en partie le droit individualiste; ce qui l'emporte cependant dans le Code, c'est son caractère social: tout en affirmant la liberté et les droits des individus, il les considère comme membres d'une société; il essaye de concilier ces deux intérêts en présence sans se laisser dominer par aucun d'entre eux. Lorsque l'un d'entre eux domine, c'est toujours l'intérêt social.

87. Nous verrons plus tard, lorsque nous parlerons du facteur social dans le Code, quelle fut l'importance qui

1. Quant aux fondations, elles peuvent être constituées « par acte authentique ou par testament » (art. 81, al. 1); l'inscription au registre de commerce est de plus nécessaire pour la majorité d'entre elles, afin d'obtenir la personnalité civile (81, al. 2).

2. V. art. 87.

3. « Quoique des motifs d'ordre économique et politique militent en faveur d'une attitude prudente de l'Etat dans la personnification de ces êtres de raison, puisque ceux-ci pourraient contrecarrer son action et puisque les explications communes sont ordinairement moins fécondes que les entreprises individuelles, le Code civil suisse leur garantit le régime de la plus grande liberté » (v. Rossel et Mentha, *loc. cit.*, p. 107).

4. Pour les personnes physiques, voir plus haut; pour les personnes morales, voir art. 53 C. S.; rapprochant cet article de l'art. 28, on permet d'habitude à ces nouvelles personnes d'activer en justice lorsque leurs intérêts personnels (nom, honneur) seraient atteints. Voir dans ce sens Rossel et Mentha qui déclarent que le rapprochement plus haut cité « ne permet plus aucun doute à cet égard » (*loc. cit.*, p. 111).

lui a été accordée par le législateur suisse ; contentons-nous de rappeler ici que le Code civil suisse fut le premier à réglementer les fondations de famille « destinées au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres de la famille » (art. 295) ; il est le premier à s'intéresser à la famille d'avenir, en permettant l'annulation du mariage pour cause de « maladie grave »¹.

Il suffit de parcourir les motifs de cet article pour voir que le législateur suisse voulait aller bien plus loin dans cette voie² ; ce ne furent que des raisons de pitié envers l'époux malade qui l'en empêchèrent.

Le Code civil suisse protège ainsi non seulement l'individu, mais aussi la famille ; celle-ci est cependant restreinte quant à son étendue et quant à ses pouvoirs. Le peu de stabilité de la famille moderne ne pouvait pas ne pas avoir de répercussions sur le régime successoral : le Code limite le degré successoral aux grands-oncles et grand'tantes ; même dans ce cas, il n'accorde à ces parents qu'un droit d'usufruit. La nue propriété est attribuée à l'Etat qui vient en concours avec eux (art. 466)³.

Le droit de la famille est limité aussi, lorsqu'il s'agit de la protection des mineurs ; la tutelle de ceux-ci est accordée à des organes publics désignés par les cantons⁴ ; la tutelle « ne peut être remise qu'exceptionnellement à la famille lorsque l'intérêt du pupille justifie cette mesure » (art. 362). On perçoit ici l'immixtion de l'Etat dans les rapports de famille, tant en matière de succession qu'en matière de tutelle.

1. V. art. 125, note 2.

2. Les motifs nous rapportent que « des spécialistes l'ont approuvé en considération des suites désastreuses que la continuation de la vie commune peut avoir pour l'autre époux et les enfants ». Ils voulaient même y faire une cause de nullité absolue. Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 190.

3. On a voulu élargir bien plus les droits de l'Etat, en demandant (en 1895) de l'appeler en ligne avec les frères et sœurs pour un dixième. Par suite de l'opposition de l'opinion publique, l'idée fut abandonnée. V. Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 519.

4. V. quant à l'importance des Conseils de tutelle, pour le droit civil suisse, Huber, Lettre à Saleilles sur les autorités de la tutelle, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 284.

Le caractère politique du Code civil suisse est mixte : il est individualiste en ce qu'il consacre le droit à la personnalité, qu'il en protège les attributs en matière de propriété et en étend la sphère à toutes les forces de la nature (art. 641 à 642) ; il a un caractère social parce que, à côté de l'individu, apparaissent la famille et l'Etat¹ ; ce dernier, représentant des intérêts collectifs, intervient de plus en plus à la succession et à la tutelle ; celle-là, basée sur l'égalité des époux dans le ménage, est appelée à protéger les enfants et à assurer leur avenir,

D. — Code civil brésilien.

88. Nous passons maintenant à l'examen du Code civil brésilien ; sa rédaction relativement récente² nous permettra d'étudier le retentissement des facteurs politiques rencontrés dans les codifications modernes ; nous passerons ensuite au Code civil soviétique, pour étudier les déformations subies par ces mêmes principes.

Le Code civil brésilien consacre dans son premier chapitre, le principe de l'égalité des droits civils : « Tout homme, dit-il (art. 2), est capable de droits et d'obligations dans l'ordre civil. » Tel est le principe qu'il pose ; quant à l'exercice des droits, il n'apporte que quelques exceptions dans ses articles 5 et 6³ ; nous tenons à relever une particularité toute spéciale au Code brésilien, c'est celle qui se réfère « aux Indiens habitant les forêts ». Le Code déclare (art. 6, § 4) qu'ils continueront à être régis par leurs anciennes dispositions ; cela s'explique par le faible développement de ces populations : leur degré de civilisation n'étant pas suffisamment avancé, il

1. Gmür, *Kommentar zum Z. G. B.*, p. 19 : « tandis que les autres codifications étrangères, même les plus récentes, partent encore d'un point de vue individualiste et ne tiennent compte qu'exceptionnellement des besoins sociaux, le Code civil suisse présente la particularité qu'en affirmant la liberté d'une personne, il la considère comme membre d'une communauté ». V. aussi Leroy, L'avant-projet du Code civil suisse, *Revue de Paris*, 1^{er} décembre 1902, p. 639.

2. Loi n° 3071 du 1^{er} janvier 1916.

3. L'art. 5, I, II, III, IV, indique les cas d'incapacité relative.

fallait commencer par créer un état provisoire, intermédiaire, où le nouveau Code voisinât avec les habitudes de ces populations. On perçoit ici à nouveau ce que nous avons répété si souvent dans ce travail : les lois sont l'expression des mœurs ; elles ne peuvent les régir sans commencer par s'y conformer. Tout en appliquant les principes nouvellement consacrés dans les codifications modernes, le législateur brésilien devait tenir compte des besoins réellement ressentis par son peuple ; c'est ce qui explique les exceptions existant par rapport aux « Indiens », et celles établissant l'incapacité des femmes mariées (art. 6, § 3).

Cette dernière incapacité est consacrée dans de nombreuses dispositions réunies sous les titres « Des droits et obligations du mari »¹ ; « Des droits et obligations de la femme »². Conformément aux principes qui y sont établis, la femme prend en se mariant le nom de son époux ; sa capacité est limitée ; elle ne s'étend pas aux actes juridiques plus importants ; elle ne peut aliéner ou grever des immeubles, accepter ou refuser une succession ; elle ne peut être tutrice ni exercer une profession ou ester en justice³ ; cette incapacité de la femme peut être écartée à la suite de l'autorisation maritale.

Le législateur brésilien organise à ce propos un régime beaucoup plus libéral que celui existant dans le Code civil français : tout en demandant que cette autorisation résulte d'un acte public ou privé préalablement certifié (art. 243), il déclare qu'elle peut être non seulement spéciale, mais encore générale⁴. L'intérêt du ménage n'est pas absent de ce Code : aussi, si le mari ne fournit pas les moyens de subsistance nécessaires, « la femme peut demander à la justice (art. 245) de l'autoriser à exercer une profession ou à contracter une obligation exécutoire sur les biens communs ».

1. Partie spéciale, L. 1^{er}, t. II chap. II, §§ 233-239.

2. Partie spéciale, L. 1^{er}, t. II, chap. III, §§ 240-255.

3. Voir art. 242, I-IX.

4. Art. 243.

S'inspirant des nécessités économique-politiques modernes, le Code brésilien accorde à la femme exerçant une profession le droit de disposer librement du produit de son travail¹ ; il reconnaît à cette occasion l'existence d'un mandat tacite dans l'accomplissement de tous les actes inhérents à sa profession et pour l'acquisition « des choses nécessaires à l'économie domestique » (art. 247, al. 1).

À côté des dispositions sur l'autorité du mari, le Code place des mesures de protection à l'égard de la femme : le mari est obligé d'obtenir son consentement pour l'accomplissement de certains actes graves pouvant entraîner un appauvrissement de la société familiale² (art. 235, 2) ; cela est d'autant plus intéressant à noter que le consentement de la femme est exigé même pour les actes que le mari accomplirait sur son propre patrimoine (art. 235) ; l'intérêt de la famille l'emporte encore ici. Il en est de même en cas d'interdiction, d'absence ou d'emprisonnement du mari ; la femme acquiert alors le droit d'administration sur les biens sociaux³ ; elle peut même disposer de ses biens propres, de ceux de la communauté et des meubles du mari. Tel est le système que consacre le Code civil brésilien en matière d'incapacité de la femme mariée ; le système suivi ici est conforme à celui du Code civil français ; il contient cependant de nombreuses atténuations dues aux influences modernes et à l'autorité toujours plus grandissante de la femme dans le ménage.

89. Il en est tout autrement quant à la réglementation du Code sur les personnes juridiques ; en cette matière, le législateur brésilien a surtout subi l'influence du Code civil allemand et suisse. En conformité de ce Code, il distingue, dès son premier titre : « les personnes natu-

1. « La femme qui exerce une profession lucrative aura le droit... de disposer librement du produit de son travail » (art. 246).

2. Aussi le législateur accorde-t-il à la femme le droit d'annuler certains actes et de revendiquer les immeubles aliénés par le mari sans son consentement. La femme peut agir dans ces cas « sans autorisation ». Voir art. 248 et II, III, IV paragr. unique.

3. Art. 251, paragr. unique, I, II, III IV.

relles » (chapitre I^{er}, art. 2 à 12) et « les personnes juridiques » (chapitre II, art. 13 à 20).

Les personnes juridiques reconnues par le Code sont : 1° Les sociétés ; 2° les fondations (art. 24 et suiv.) ; l'existence légale des sociétés civiles est subordonnée à l'autorisation gouvernementale (art. 18, art. 20). On n'a pas suivi la distinction établie par le Code civil suisse entre les sociétés poursuivant un but idéal et les autres¹ : toute société est soumise à l'autorisation gouvernementale ; de plus, le législateur accorde de larges pouvoirs de surveillance au Gouvernement sur ces organismes ; il lui permet de dissoudre ces sociétés « quand les personnes juridiques font des actes opposés à leur but ou nuisibles au bien public » (art. 21, § 3).

En opposition à ce régime de surveillance, le législateur brésilien consacre la liberté dans la constitution des fondations : le nouveau Code permet à toute personne de créer une fondation, soit directement par acte public, soit par acte de dernière volonté (art. 25).

Ce principe de liberté s'affirme encore en de nombreux chapitres², en matière de conventions et d'obligations, de propriété, de mariage ; en cette matière surtout, le Code veut assurer la pleine liberté de consentement aux parties : aussi permet-il l'annulation du mariage en cas d'erreur « sur la bonne renommée » et « l'ignorance d'un défaut physique chez l'un des époux » (art. 219).

A côté de l'intérêt individuel apparaît souvent l'intérêt social : tenant compte de l'importance de ce dernier intérêt, le Code consacre comme cause d'annulabilité du mariage « l'existence d'une maladie grave et transmissible par contagion ou hérédité, de nature à mettre en danger la santé de l'autre époux et des enfants » (art. 219, paragraphe 3).

1. Voir plus haut, Code civil suisse.

2. Voir pour le régime des biens entre époux, art. 256 et 257 ; pour les transactions, art. 1025 ; pour le louage de services, art. 1216.

90. Telles sont les principales répercussions des facteurs politiques modernes dans le Code civil brésilien ; on a dit, avec raison, que ces principes étaient des conquêtes éthico-juridiques de la civilisation générale, appliquées à la civilisation brésilienne ¹.

Le législateur a surtout tenu compte des besoins réellement ressentis. Aussi le caractère du Code est avant tout individualiste ; « il assure au propriétaire le droit d'user, de jouir, de disposer de ses biens » (art. 524) ; il consacre le droit du mari comme chef de la communauté ; il maintient celui des parents de nommer la tutelle de leurs enfants (art. 407) ² ; il limite en même temps la capacité de la femme mariée.

Mais à côté de ce droit individualiste apparaissent dans le code les lueurs d'un état juridique plus social : l'incapacité de la femme n'est plus seulement la conséquence de l'autorité maritale ; elle est basée sur l'idée de protection, d'unité qui doit régner dans la famille : Aussi disparaîtra-t-elle lorsque le mari ne peut plus exercer ses pouvoirs de chef ; ceux-ci cessent d'être absolus : le consentement de la femme est souvent exigé, pour les actes graves pouvant entraîner un appauvrissement de la communauté ³.

Le droit de propriété individualiste subsiste (art. 524) ; mais le Code brésilien ferme la voie à la chicane en interdisant l'exercice de ces droits sans intérêt (art. 526). Il en est de même pour les dispositions que le Code consacre « à la propriété littéraire, scientifique et artis-

1. Clovis Bevilacqua, préface au Code civil des Etats-Unis du Brésil, p XLIX, *loc. cit.*

2. Bien plus, en cas de « séparation amiable » des parents, c'est à eux qu'il appartient de fixer à qui appartiendra la garde des enfants (art. 325) ; le juge ne pourra intervenir et modifier cet accord, que « s'il y a des motifs graves » pour cela (art. 327). La mère lorsqu'elle se remarie ne perd pas la garde de ses enfants ; « ils ne pourront lui être retirés que sur l'ordre du juge, s'il est prouvé qu'elle ou son second mari ne les traite pas convenablement... » (art. 329).

3. « Ce fut une innovation de la Commission gouvernementale de révision car le projet primitif lui reconnaissait une pleine capacité. Mais en fait, si l'on parcourt les dispositions du Code, on se rend compte que l'incapacité de la femme mariée constitue plutôt une survivance de l'ancien droit qu'une réalité juridique » (préface au Code civil des Etats-Unis du Brésil, p. XXXV). Code civil des Etats-Unis du Brésil, Impr. Nat., 1928.

tique » (partie spéciale, chapitre V). Tout en accordant le droit exclusif de publication à l'auteur de l'ouvrage pendant sa vie, à ses héritiers soixante ans après sa mort (art. 649, § 1), le nouveau Code ajoute : « L'union et les Etats pourront exproprier pour cause d'utilité publique, moyennant une indemnité préalable, toute œuvre publiée, que son propriétaire ne voudrait pas rééditer » (art. 660). Il concilie ainsi le droit de l'auteur avec celui supérieur de l'Etat ; il consacre pour la première fois cette nouvelle institution dans le Code civil même. Nous passons maintenant au Code civil soviétique.

E. — *Code civil soviétique* ¹

91. Cette nouvelle législation, — et surtout les conséquences d'avenir qui suivront son application, — présentent un intérêt sociologique indubitable ; pour le juriste, elles constituent un déséquilibre social, un renversement de tous les principes de liberté et d'égalité, maintes fois affirmés durant des siècles.

Loin de croire, avec certains ², que les systèmes mentionnés dans le Code ne sont que la conséquence normale du développement des législations sociales modernes, nous osons affirmer qu'elles en sont la négation. Car le rôle du législateur consiste, — après avoir étudié les circonstances sociales du peuple pour lequel il légifère, — à équilibrer les intérêts en présence afin de leur permettre de se développer librement ; dans ce but, il peut intervenir en faveur des faibles et des incapables ; mais le droit naît de la vie, de l'activité humaine qui s'entrechoque et non pas de son annihilation.

Or le Code civil soviétique, par les nombreuses res-

1. Le Code civil soviétique promulgué le 11 novembre 1922 entra en vigueur le 1^{er} janvier 1923. Il ne contient ni les « droits agraires », ni les droits de famille, qui firent l'objet de deux Codes distincts de 1922 et 1918. Ce dernier a d'ailleurs été profondément modifié en 1923 et 1926.

2. Lambert, Introduction au Code civil soviétique, *Les Codes de la Russie soviétique*, I, *Code de famille*, traduit par Jules Patouillet, 1925.

trictions qu'il apporte à cette activité, par l'affirmation de l'omnipotence de l'Etat dans tous les domaines de la vie privée, par la destruction de tout droit de propriété individuelle, ne peut aboutir qu'à l'annihilation de cette activité. C'est ce que nous verrons d'une façon plus approfondie en étudiant les principes sociaux juridiques du nouveau Code. Pour en faciliter l'étude, nous les classerons autour de trois idées principales : a) L'omnipotence de l'Etat ; b) la destruction de la famille ; c) le caractère proprement politique du Code.

92. *L'omnipotence de l'Etat.* — C'est le premier trait qui se dégage de cette étude : cette omnipotence se manifeste en premier lieu à l'occasion de l'organisation de la tutelle des mineurs et autres incapables.

Nous avons déjà rencontré dans le Code civil allemand et dans le Code civil suisse l'existence d'une tutelle publique ; mais cet organe n'a dans les deux législations que des attributions de contrôle et de surveillance ; sans doute, là encore, ce sont les autorités publiques qui doivent nommer le tuteur (art. 385 G. C. S.) ; mais c'est le tuteur qui administre lui-même les biens du pupille et qui est directement responsable envers celui-ci de sa gestion. Il en est tout autrement suivant le Code civil soviétique ; la garde et l'administration des biens du pupille appartiennent en principe aux organes centraux de tutelle¹ ; elles sont exercées en réalité par les « sections locales » de prévoyance sociale « à qui incombe d'habitude² la défense des intérêts personnels et patrimoniaux des personnes en tutelle » (art. 223).

1. Ce sont les commissariats du peuple pour l'Instruction publique, pour l'Hygiène et pour l'Intérieur avec leurs organes locaux. V. art. 185-186, Code de famille sov. M. le professeur Lambert constate lui-même que « la tutelle publique rencontrée déjà dans le Code civil allemand, prend dans le nouveau Code la place de la tutelle individuelle réduite au rang d'une servante d'emploi habituellement facultatif ». Introduction au Code civil soviétique, *Les Codes de la Russie soviétique*, I, *Code de famille*, traduit par Jules Patouillet, 1925, p. 18.

2. L'art. 190 dit en effet : « la tutelle est exercée soit par la section d'assurance sociale (section de tutelle locale), soit par le tuteur spécialement désigné à cet effet ».

Une telle tutelle publique d'administration et de garde « peut s'expliquer par l'idée de solidarité sociale » ; mais elle porte atteinte aux droits de la famille et nous paraît tout à fait impossible dans un Etat très étendu comme territoire et pour la plupart à civilisation peu avancée.

Le pouvoir de l'Etat se manifeste surtout à l'occasion du droit de propriété ; lui seul est susceptible d'être propriétaire du sol (art. 24), de donner des concessions à terme (art. 21), de faire le commerce avec l'étranger (art. 17), de reprendre dans tous les cas entre les mains d'un tiers de bonne foi, les biens illégalement aliénés¹ ; il jouit de règles spéciales, dérogatoires au droit commun dans le cas de contrats de fournitures passés avec les particuliers ; il est héritier venant à la succession, à défaut « d'ascendants, de descendants, de frères et de sœurs ».

Telle est l'omnipotence de l'Etat ; il régit et s'immisce partout. Le législateur soviétique ne se contente pas de consacrer cette omnipotence ; il veut en assurer la survivance en arrêtant toute évolution du droit par suite d'interprétation extensible ; il déclare en effet explicitement : « L'interprétation du Code civil de la République soviétique n'est admise que dans les cas où l'exige la sauvegarde des intérêts de l'Etat ouvrier-paysan et des classes travailleuses » (art. 5).

En présence de pouvoirs si larges accordés à l'Etat, il est normal que l'individu disparaisse complètement. Certes, le Code civil soviétique déclare dans son article 4 que : « En vue de développer les forces productives du pays, la Russie soviétique reconnaît la capacité civile à tous les citoyens non limités dans leurs droits par justice » ; mais il a eu soin de limiter dès le commencement les pouvoirs accordés à l'individu en déclarant en son article premier C. C. : « Les droits civils ne sont protégés par la loi que lorsqu'ils sont exercés dans un sens unique à leur destination économique et sociale². »

1. Voir art. 60 Code civil soviétique.

2. V., quant à l'importance de cet art., aux nombreuses discussions auxquelles il a donné lieu, *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, par Basile Eliachevitch, etc., L. 1, Paris, 1930, p. 58 et s.

« La destination sociale », « l'intérêt de l'Etat », voilà ce qui préoccupe constamment le législateur soviétique ; mais cet intérêt est bien restreint puisqu'il se confond en réalité à celui de la classe paysanne et ouvrière ; il a donné naissance à des Codes distincts¹ ; il crée même en notre matière des situations privilégiées (art. 156).

L'individu pris isolément n'a que des droits très limités ; le Code ne lui accorde que celui « de posséder » ; il ne peut construire qu'en vertu d'une concession temporaire accordée par les municipalités (art. 52, 53, 54) ; il peut contracter, mais la loi ne consacre pas expressément la liberté des conventions² ; tout en étant libre d'acheter (des bâtiments d'habitation non municipalisés), la loi limite d'une façon excessive ce droit d'achat³.

A un autre point de vue encore, la loi restreint la libre activité individuelle ; l'idée de faute romaine est remplacée par la notion de risque généralisé⁴ ; or, on a souvent dit avec raison⁵ que « le principe de la respon-

1. Code civil (entre en vigueur le 1^{er} janvier 1923), L. 1^{er}, partie générale chap. 1^{er}. Principes fondamentaux... « Les rapports agraires, les rapports nés de la location de la force ouvrière et les rapports familiaux sont réglés par des Codes particuliers. »

2. Voir art. Nolde, Le Code civil de la Rép. des Soviets, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1923, t. 52.

3. Voir notamment art. 182 C. C. R. S. qui, tout en autorisant l'achat de « bâtiments d'habitation non municipalisés » déclare que « l'acheteur, son conjoint ou ses enfants » ne peuvent avoir « deux ou plusieurs possessions ».

4. Voir art. 403 Code civil soviétique. L'auteur du dommage est responsable, à moins qu'il ne prouve « qu'il ne pouvait pas prévenir le dommage, ou qu'il avait le pouvoir légal de le causer, ou qu'il s'est produit par suite de la préméditation ou de la négligence grossière de la victime » ; l'art. 404 est dans le même sens.

5. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 4^e édit., 1924, p. 371 ; V. même sens, Rossel et Menzies, *Manuel de droit civil suisse, Code (révisé) des obligations*, t. III, 1912 : « Evidemment, et à première vue, il semble tout naturel que les risques ne soient pas séparés de l'acte ; mais la pratique gouverne le droit pour le moins autant que la logique, le droit étant fruit de l'expérience autant que de la construction spéculative. Or, la responsabilité causale ne se concilie ni avec l'état actuel de la législation, ni avec celui de notre civilisation moderne, si ce n'est à titre exceptionnel, dans certains cas particuliers où elle offre des solutions incontestablement équitables. Etendue au delà de ce qui est strictement nécessaire, elle paralyserait l'initiative individuelle, déplacerait le fardeau des cas tortueux sans l'alléger... » (p. 69) ; même sens, Pierre Voirin, *Notes parlementaires du droit civil* (du 14 novembre 1929, 13 février 1930), parlant de la proposition de loi de M. Pourquery de Boiserin qui « tendait à éliminer la faute de l'art. 1382 pour faire surgir du fait dommageable le droit à réparation ». L'auteur ajoute : « avec raison, le Sénat a refusé d'entrer dans cette voie, car un tel sys-

sabilité du simple fait entraîne des conséquences dangereuses et injustes », « il tue toute initiative et supprime la conception individualiste du droit civil qui en est le fondement même » ; c'est ce qu'a voulu le législateur soviétique¹, et nous tenons à dire qu'il a pleinement réussi.

Ce n'est pas seulement l'activité individuelle qui est soumise à de grandes restrictions, il en est de même de l'activité appartenant aux personnes juridiques ; sans doute, ici encore, le Code consacre la libre existence de ces personnes ; il n'exige que des « statuts homologués », pour reconnaître la capacité civile « aux groupements de personnes, établissements et organisations » ; bien plus, il leur accorde l'état de personnes juridiques (art. 19) ; mais l'objet de leurs opérations est limité (art. 17, art. 52, 53) ; de plus, le Code établit de nombreux cas de dissolution².

C'est surtout en matière de sociétés par actions que le Code élargit de beaucoup les pouvoirs de l'Etat : « L'entrée en existence de la société par actions, ainsi que l'augmentation ou la diminution de son capital, sont subordonnées à l'approbation de ses statuts ou des modifications à ses statuts par des corps politiques, tels que le Conseil de travail et de défense (art. 323 et 341). Des organismes administratifs, munis d'un droit de regard sur les assemblées générales ou constitutives (art. 333), ont le pouvoir de prolonger le délai légal de versement du capital de fondation d'une société (art. 327) ou de vérifier la régularité de la constitution de la société, notamment l'existence réelle des apports en nature ou la sincérité de leur estimation (art. 326) ; par sim-

tème paralyserait toute initiative, toute liberté et même l'exercice de tous les droits : il est juridiquement et socialement inadmissible » (*Revue trim. de droit civil*, janvier-mars 1930, t. XXIX, p. 217).

1. Cela correspondait d'ailleurs à la nouvelle conception du législateur soviétique : celle-ci s'affirme dès le décret du 22 novembre 1918 qui, en supprimant le droit antérieur, déclarait que les tribunaux appliqueraient uniquement les décrets soviétiques et à leur défaut « la conscience socialiste ». Nolde, *Le Code civil de la République des Soviets*, *Bull. Soc. lég. comp.* 1923, t. 52, p. 230. V. aussi *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, par Basile Eliachevitch, etc., t. I, 1930, Introduction.

2. V. *Code civil*, chap. x, art. 276 et s. consacré à la société.

ple décision gouvernementale, une société par actions peut être dissoute quand elle s'écarte de son but statutaire, ou quand ses organes dévient dans un sens contraire aux intérêts de l'Etat ¹¹⁵. » On conçoit facilement que, sous un tel régime de liberté (? !), toute activité sérieuse, individuelle ou collective paraisse complètement impossible.

93. Destruction de la famille. — Le Code civil soviétique apporte d'importantes innovations en matière de famille.

La femme ne perd plus son nom (art. 100, 101), ni sa nationalité (art. 103) en entrant dans le ménage ; elle acquiert avec son mari des droits égaux sur les enfants mineurs (art. 149) ; aussi, en cas de conflit sur la puissance paternelle, il appartient au tribunal de les départager ; tout cela peut s'expliquer par les tendances modernes à élargir la capacité de la femme.

Il en est tout autrement de la disposition illogique et contradictoire du Code qui permet à cette dernière de conserver son ancien domicile (art. 104) ; l'unité de la famille paraît par là complètement rompue ¹.

Il en est de même des dispositions du Code qui réduisent à l'extrême les conditions de forme du mariage ² et qui facilitent dans la même proportion l'obtention du divorce ³.

Tel est le système consacré par le Code civil soviétique.

1. Lambert, *op. cit.*, p. 21.

2. Cela apparaît surtout si l'on compare les formalités du mariage dans le Code de 1923 et dans celui de 1926. Alors que le premier exige encore (art. 60-62) l'inscription du mariage dans le registre des mariages, le second rend facultative cette formalité, qui n'est plus exigée que comme moyen de preuve. On arrive ainsi à confondre le mariage et l'union libre. V. Chaplet, *La famille et le droit des personnes dans la législation soviétique*, thèse Rennes, 1929, p. 171 et s.

3. Celui-ci peut être obtenu par simple déclaration devant le fonctionnaire d'état-civil, lorsque les parties sont d'accord pour le demander (art. 91, C. de fam.). Le Code n'impose aucune forme à cette déclaration ; il demande simplement qu'un acte soit dressé par le fonctionnaire public « pour constater la réalité du consentement » (art. 926 de fam. sov.). Lorsqu'il n'existe pas d'accord entre les parties, la demande de divorce doit être adressée au tribunal. Celui-ci a de très larges pouvoirs de décision ; il n'est pas limité par des causes restrictives comme dans les Codes modernes... (voir art. 93-99 Code de fam. sov.).

que en matière de famille : par la facilité qu'il accorde au divorce, il pousse à la désunion dans le ménage. La santé des enfants, de la famille à venir, ne le préoccupe guère ; aussi abandonne-t-il la disposition de « maladie grave », comme cause d'annulation du mariage ; par là, il est de beaucoup inférieur aux Codes civils suisse et brésilien.

On comprend facilement qu'une famille telle que l'établit le Code civil soviétique, ne puisse avoir ni la stabilité, ni l'autorité suffisantes. Cela est conforme d'ailleurs aux tendances politiques de mainmise sur l'individu ; loin de protéger la famille, le législateur soviétique pousse à sa dissolution ; il écarte tous les liens matériels qui pourraient renforcer cette unité¹ ; il n'accorde aucun droit usufruitaire aux parents sur les biens de leurs enfants ni réciproquement (art. 160).

Au point de vue successoral, il limite la famille aux parents en ligne directe ascendante et descendante, aux frères et sœurs (art. 172) ; même alors, il permet d'écarter l'appel réciproque à la succession par une disposition testamentaire contraire² ; une seule obligation, d'ailleurs très restreinte, continue à subsister entre ces parents : l'assistance réciproque en cas d'indigence suivie d'incapacité de travail ; celle-ci est fixée en cas de besoin par le juge à un maximum (art. 113). Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet de la famille dans le nouveau Code.

94. Caractère politique proprement dit du Code. — Ce caractère résulte déjà de tout ce qui vient d'être dit ; aussi nous contenterons-nous de n'y ajouter que quelques développements.

Ce caractère est consacré par un nombre de textes ;

1. Des tendances similaires semblent s'affirmer chez tous les législateurs révolutionnaires. V. H. Capitant, préface au *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, par Basile Eliachevitch, etc., t. I, 1930, p. X : l'auteur relève que « le mot même de famille a été rayé de la terminologie du Code de 1926 de la République soviétique de Russie, alors que celui de 1918 était intitulé : *Droit de famille* ».

2. V. art 422 Code de fam. sov.

il en est ainsi notamment de l'article 21 qui déclare : « Le sol est propriété de l'Etat et ne peut être objet de propriété privée » ; cet article résume l'ensemble des transformations sociales intervenues.

Il en est de même du chapitre II qui soumet les rapports agraires et ceux entre ouvriers à « des Codes particuliers » ; des nombreuses dispositions qui déclarent que la célébration du mariage doit avoir dans l'avenir un caractère exclusivement laïque (art. 52), qui exclut comme empêchements de mariage « la différence de religion » (art. 71), « l'Etat monastique, la prêtrise ou le diaconat (art. 72), le vœu de célibat » (art. 73) ; enfin, de l'article 59 (remarque 1) qui, parlant du droit de récupération des propriétaires sur leur chose, exclut du bénéfice de cette disposition « les anciens propriétaires dont les biens ont été expropriés en vertu du droit révolutionnaire ».

Tel est ce que nous avons à dire du Code civil soviétique : mélange de principes politiques et négation de toute activité individuelle, cette nouvelle codification déforme l'ensemble du système que nous avons rencontré jusqu'à présent.

Expression des théories métaphysico-politiques changeantes, elle ne pourra pas leur survivre.

III. — *Conclusion.*

95. Nous avons vu, au cours de cette étude, l'importance des facteurs politiques intervenant dans la composition d'un Code. Ces principes sont ceux inscrits dans le pacte fondamental de toute nation ; le Code civil n'est appelé qu'à assurer leur développement et application en matière de droit civil.

La Constitution de 1791 demandait déjà la rédaction d'un Code civil conforme aux principes nouvellement établis¹ ; treize ans plus tard seulement, ce vœu fut

1. Const. du 3-14 septembre 1791, t. I, art. 3, n° 13.

exaucé ; mais, rompant alors avec la distinction de classes, l'asservissement de la propriété et de l'individu, le nouveau Code « consacre d'une façon très ferme les principes fondamentaux de la France moderne en matière de droit civil, celui de la liberté de l'individu avec son corollaire la protection de la propriété privée, le caractère séculier de l'Etat, l'égalité juridique des citoyens devant la loi ¹ ».

Ce principe une fois établi devait passer dans toutes les Constitutions et dans tous les Codes civils qui suivirent.

Sous l'influence des transformations sociales, nous avons vu ce régime se transformer en partie ; sous la pression des circonstances et des idées nouvelles, par suite de l'intervention plus active de la femme dans la vie sociale, la capacité de celle-ci s'est profondément améliorée ; le Code civil allemand et le Code civil suisse marquent les jalons qu'a suivis cette amélioration, pour arriver à une capacité complète dans les nouvelles législations ².

1. Ambroise Colin et H. Capitant, *Traité élémentaire de droit civil français*, 4^e éd., p. 19.

2. La Constitution française du 3-14 septembre 1791 inscrivait en tête de ses dispositions : « la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen » ; celle-ci affirme dans son art. 1^{er} « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits... » ; l'art. 2 ajoutait que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme : ces droits sont la liberté, la propriété ». La Constitution complétait cet ensemble de dispositions, en déclarant dans son art 1^{er} « dispositions fondamentales garanties par la Constitution ». 3^e « ...Le pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution » (M. E. Laferrière, *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique*, revues par M. A. Batbie, 1869, p. 1).

Ces dispositions passèrent dans l'« Acte constitutionnel » du 24 juin 1793. Nous trouvons inscrite en tête de cette Constitution « La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen ». Voir art. 1-2. Nous tenons aussi à relever que l'art. 16 de cette Constitution contient la définition de la propriété consacrée plus tard par le Code civil français. L'art. 16 déclare en effet : « Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen, de jouir, de disposer à son gré de ses biens et de ses revenus », *loc. cit.*, p. XXX ; l'art. 122 de cette Constitution garantissait « à tous les Français l'égalité, la liberté, la propriété » (M. E. Laferrière). Nous retrouvons les mêmes dispositions dans *Constitution de la République française*, 5 fructidor an III, art. 1, 2, 3, 5, p. XLI, *loc. cit.* Ces principes furent ensuite inscrits dans toutes les Constitutions qui suivirent. Voir notamment Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848, art. 4 « égalité de tous les Suisses devant la loi » ; celle du 29 mai 1874, art. 4.

Pour répondre à la complexité toujours grandissante de la vie, l'initiative individuelle paraît souvent insuffisante ; aussi, à côté des personnes naturelles apparaissent les personnes juridiques ; les nouveaux Codes les consacrent et leur assurent pleine liberté de développement.

L'Etat s'immisce aussi de plus en plus dans la vie privée ; nous l'avons vu dans le Code civil suisse venir à la succession à un degré beaucoup plus proche qu'avant, souvent même en concours avec des parents pas très éloignés. Sous la poussée des idées sociales, il exerce le contrôle des tutelles et protège les faibles et les incapables. De là de grandes transformations dans le droit qui se moralise de plus en plus. C'est ce que nous nous proposons d'examiner dans notre chapitre qui portera sur « les Facteurs idéaux dans le Code ».

La guerre et les événements qui l'ont suivie « ont apporté des transformations profondes d'ordre politique, économique, moral, dans la structure des sociétés... Le monde s'est trouvé transformé et s'est vu contraint de rechercher un nouvel équilibre. Ces retentissements n'ont pas manqué de retentir sur notre vie juridique ¹ » ; de nouvelles lois spéciales et d'occasion tendent à modifier les caractères de la propriété, à ne plus voir en elle qu'une fonction sociale ². La législation civile soviétique prolonge ce déséquilibre et renverse toutes les idées antérieurement consacrées : non seulement la propriété, mais tout autre droit, n'est garanti à l'individu que dans la mesure où il est conforme à sa fonction sociale. Nous l'avons déjà dit, une telle législation ne peut survivre aux circonstances passagères qui l'ont créée.

Nous sommes sans doute parmi ceux qui croient encore que la fonction du droit est de se transformer, de devenir plus moral, plus humain ; que le rôle du législateur

1. Pierre de Harven, *Mouvements généraux du droit civil belge contemporain*, Bruxelles, 1928, p. 7.

2. Voir Pierre de Harven, *Mouvements...*, p. 114-120.

consiste à intervenir dans les rapports contractuels pour assurer plus d'égalité réelle aux parties ; pour leur rappeler que tout droit implique en même temps une obligation. Il doit aussi, et en même temps, commencer par assurer une sphère d'activité à l'individu, afin qu'il puisse développer librement ses facultés ; nier l'intérêt individuel, c'est nier toute activité, c'est détruire le droit même.

On a dit que « celui qui veut faire du droit pur, sans connaître l'histoire ou la morale, la sociologie ni la politique, arrive à perdre tout contact avec la vie ¹. » Il en est à plus forte raison ainsi pour le législateur : il doit commencer par se pencher sur les rapports sociaux qu'il est appelé à régir, afin de connaître les besoins réels de la nation. C'est ce que le législateur soviétique n'a pas fait ; c'est ce qu'il ne pouvait faire sous un régime d'oppression : aussi, loin de voir dans ce Code « les lignes directrices du régime juridique nouveau ² », il nous semble être plutôt la trace laissée par une étoile filante.

1. L. Le Fur, préface au *Traité général de l'Etat, Essai d'une théorie réaliste du droit politique*, par Marcel de la Bigne de Villeneuve, Paris, 1920, p. VII ; Léopold Thésard avait déjà dit en 1866 que « les perfectionnements introduits dans le droit d'un peuple naissent surtout de ses institutions politiques, de son caractère, de sa civilisation, de ses besoins particuliers ; son histoire explique sa législation » (De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau sur le Droit civil moderne, *Revue historique de droit français et étranger*, t. XII, p. 5).

2. Lambert, introduction au Code civil soviétique. *Les Codes de la Russie soviétique*, 1, *Code de la famille*, traduit par Jules Patouillet, Paris, 1925, p. 44.

CHAPITRE III

LES FACTEURS ÉCONOMIQUES DANS LE CODE

96. Nous avons examiné dans le chapitre précédent l'influence des facteurs politiques dans la rédaction d'un Code ; nous avons vu, à cette occasion, comment certains principes s'imposaient au législateur, comme étant seuls capables d'assurer le développement du droit : parmi ceux-ci, nous avons parlé de la *liberté* apparaissant dans le droit de famille, droit des obligations et de la propriété ; ce principe pousse non seulement au développement politique d'une nation, en lui permettant de prendre mieux conscience d'elle-même ; il aide aussi à son progrès économique.

Qu'il nous suffise de rappeler l'opposition existant par rapport à la propriété, entre le droit moderne et l'ancien droit ; d'un côté, une propriété hiérarchisée, basée sur un régime féodal, limitée par toutes sortes de charges et d'obligations, pour la plupart occultes ; de l'autre, un droit absolu, soumis à un régime de publicité, limité sans doute dans ses conséquences sociales, mais entier dans ses résultats économiques. On comprend facilement que la liberté accordée à la propriété a non seulement une importance politique, mais encore et surtout une grande valeur économique ; en dégrevant la propriété de toutes les charges occultes, on permettait une facile transmission et on augmentait par là-même sa valeur économique : on voit ainsi comment le même principe, satisfaisant à des intérêts divers, exige à être étudié à des points de vue différents.

Il en est de même pour le contrat du travail : ce contrat, par les problèmes sociaux auxquels il donne naissance, présente un caractère nettement politique ; le développement de la grande industrie fait cependant qu'il soit aujourd'hui le principal facteur de la production ; aussi avons-nous retardé son étude jusqu'à présent. C'est dans ce chapitre que nous nous poserons la question de savoir si le Code civil doit comprendre l'étude du contrat de travail, et, en cas affirmatif, quelle est l'importance qui doit lui être accordée. Nous essaierons d'y répondre par une étude comparative des différentes codifications. Ce problème sera l'une des principales préoccupations de ce chapitre.

Nous avons dit que la liberté aidait au développement économique, en assurant l'indépendance des parties et en facilitant la transmissibilité de leur droit ; mais, s'il en est ainsi dans la plupart des cas, il ne faut pas oublier qu'une pleine liberté peut présenter un grand danger, tant pour les parties que pour les tiers :

a) Pour les parties, en les poussant à la conclusion d'actes irréfléchis. Aussi le Code civil subordonne-t-il la validité de certains actes à l'accomplissement de certaines formes préalablement établies. Il en est ainsi pour les principaux Codes qui exigent que les actes de donation soient passés devant notaire ; on espère attirer ainsi l'attention des parties sur l'importance de l'acte qu'elles accomplissent.

b) Le danger d'une trop grande liberté en matière de conventions apparaît surtout lorsqu'il s'agit de l'intérêt des tiers ; ceux-ci sont en premier lieu intéressés à connaître les dispositions d'une convention, ou bien l'existence d'une clause résolutoire. Le principe que les conventions n'ont pas d'effet vis-à-vis des tiers a reçu, en dernier, tant d'exceptions et d'interprétations différentes¹, qu'il paraît, depuis longtemps, avoir vécu ; de là, la

1. Elles résultent toutes de la difficulté qu'il y a à limiter d'une façon précise le terme « tiers » ; c'est ce que nous verrons plus loin dans le chapitre se référant au langage,

nécessité de mesures de publicité destinées à leur faire connaître l'ensemble des opérations qui les intéressent ; de là, la réorganisation, dans les nouveaux Codes, du système de publicité des régimes fonciers¹ ; de là aussi, l'inscription des principales clauses de résolution.

Lorsque, pour des raisons diverses², cette publicité ne peut pas être obtenue, la loi y supplée en soumettant ces différentes causes à de courtes prescriptions.

Ce n'est qu'ainsi qu'on peut assurer réellement l'indépendance des parties et la sécurité des tiers. Dans quelle mesure les différents Codes sont-ils arrivés à ce résultat ? C'est ce que nous verrons au cours de nos développements qui suivront.

I. — *Éléments économiques intervenant dans le Code civil.*

97. Mais en plus de ces questions de liberté, de sécurité des tiers, il y en a bien d'autres qui demandent une solution dans ce chapitre ; « l'entrée en scène des titres de crédit, des valeurs mobilières, a révolutionné la vie juridique³ » ; elle n'a pu ne pas exercer une influence sur le droit civil⁴. Celui-ci est appelé à régir la vie privée sous ses différents aspects civils ; comment n'aurait-il pas tenu compte de la transmissibilité des créances et des dettes par titres au porteur, qui facilite pour beaucoup les rapports pécuniaires entre les parties.

Puisque le crédit demande à chaque instant des formes d'expression nouvelles, le Code civil ne doit-il pas

1. Souvent cette réorganisation se fait par voie de lois spéciales. Il en est ainsi notamment pour la Suisse où une loi spéciale « sur les registres des régimes matrimoniaux et des livres fonciers » complète la Z. G. B.

2. Il en est ainsi notamment des actions appartenant à des incapables et aux victimes d'une violence ou d'une erreur ; il serait souvent peu équitable de subordonner l'exercice de ces actions, à l'accomplissement de certaines mesures préalables de publicité.

3. Thaller, rapport sur la révision du Code civil, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 48.

4. Charmont, Le droit civil et la législation ouvrière, *Revue générale du droit*, 1904, croit aussi que « les transformations du mécanisme économique de la société... ont leurs répercussions en quelque sorte automatique sur le droit » (p. 456).

essayer aussi de donner satisfaction à ces besoins ? Ne doit-il pas tenir compte des facteurs économiques qui exigent plus de liberté dans les rapports juridiques entre les parties ? A côté des conventions intervenant entre les parties présentes ou représentées à l'acte, ne faudra-t-il pas placer les conventions entre personnes multiples où toute idée de représentation est absente ? Enfin la déclaration unilatérale de volonté avec ses conséquences juridiques ne viendra-t-elle pas s'ajouter aux sources conventionnelles des obligations ? On conçoit dès lors l'importance de ce chapitre.

Les nécessités et la sécurité du crédit demandent aussi que le Code civil organise, pour le débiteur en déconfiture, une procédure contributoire entre tous les créanciers pourvus ou non de privilèges spéciaux ; seule une telle procédure pourra assurer l'égalité réelle entre les créanciers. Nous nous proposons d'étudier dans quelle mesure cette égalité économique des créanciers est organisée dans les différents codes et quelles sont les innovations à apporter.

Mais, en plus de toutes ces questions, il y en a bien d'autres à examiner. La vie économique demande qu'à côté des volontés individuelles, apparaissent des volontés collectives : ce sont celles des sociétés et fondations ; elles seules peuvent réunir des capitaux suffisants et jouir d'une existence assez longue pour compléter l'initiative particulière ; la complexité de la vie exige de plus en plus leur intervention. Réunissant un « faisceau de faiblesses », elles arrivent à avoir dans le droit privé un rôle prépondérant ; elles s'imposent au législateur civil et exigent d'être réglementées dans le Code. Dans quelle mesure se fera cette réglementation ?

A côté de la nécessité d'une liberté complète de sociétés, qui seule peut leur permettre de se développer, apparaît l'intérêt de la sécurité des tiers. De quelle façon pourra-t-on concilier ces deux intérêts à première vue contradictoires ? L'étude comparative des différents Codes nous le dira.

Telles sont les principales questions que nous nous proposons d'examiner au cours de ce chapitre : liberté des parties, sécurité des tiers, titres de crédit, nouvelles sources d'obligations, personnes juridiques et règles auxquelles elles doivent donner naissance. On conçoit dès maintenant toute l'importance de ce chapitre pour notre étude. Nous étudierons l'élément économique dans le Code civil français, allemand, suisse, brésilien, soviétique, enfin, dans le projet de Code franco-italien.

98. Mais avant d'y passer, une question préalable se pose que nous tenons à résoudre immédiatement. Le Code civil doit-il consacrer dans ses articles l'étude du contrat de travail ? Et dans le cas affirmatif, dans quelle mesure le fera-t-il ?

Cette question a donné lieu en France à d'amples discussions ¹, à la suite de l'apparition du Code civil allemand. On sait déjà que le Code civil français ne contenait en cette matière que deux articles tout à fait insignifiants. La rédaction du Code civil allemand intervenant à la fin du xix^e siècle avait donné une tout autre importance à ce nouveau contrat ² ; dès lors, la question se posait de savoir s'il devait réellement trouver sa place dans le Code civil, ou bien si, présentant un caractère différent du droit privé, il ne devait pas faire l'objet d'une réglementation distincte.

On invoquait à l'appui de cette seconde solution, le caractère public du contrat ; le contrat de travail, disait-on, appartient au droit public, surtout depuis que « le socialisme d'Etat a envahi la législation de l'atelier ³ » ; l'Etat intervient trop souvent, par ses différents organes,

1. Voir là-dessus les très intéressantes discussions qui eurent lieu à la Société d'Etudes législatives, *Bull. Soc. et. lég.*, 1905, p. 21 et s., 1906, p. 87 et s.; aussi rapport du professeur Thaller, présenté à la même société, sur la Révision du Code civil, *Bull. Soc. Et. légis.*, 1904, p. 472; comptes rendus des travaux de la 6^e sous-commission présentés par Ambroise Colin, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1905; Eugen Gaudemet, *Les codification récentes et la révision du Code civil, Livre du Centenaire*, t. II, p. 976.

2. Cette importance résulte aussi de la comparaison des deux projets du B. G. B. : alors que le premier projet ne consacrait à ce contrat que 8 articles, le C. civ. allemand lui-même en compte 20 (art. 611-630).

3. Thaller, rapport présenté sur la révision C. C., *loc. cit.*, p. 481.

dans ses rapports contractuels ; il surveille leur formation et exécution, il impose souvent une réglementation à laquelle il n'est pas permis de déroger ; on se trouve ici en dehors des rapports civils, car « sitôt qu'apparaît un organisme de droit public, le droit civil se replie et avec lui le Code civil¹ ». Il en fut ainsi en matière de voirie et en matière de propriété privée². Les règles du travail présentent une trop grande complexité et instabilité ; « submergé par la législation du travail, le Code civil souffrirait d'un véritable étouffement³ » ; les dispositions se référant au contrat de travail ont un caractère social plus prononcé que celles du droit civil ; elles évoluent donc bien plus que ces dernières. De là il est à craindre un certain déséquilibre entre les différentes dispositions du Code, si on insérait ces dispositions dans le corps même de la loi civile.

On invoquait à l'encontre de ces arguments, d'autres ayant une valeur bien plus grande. Nous ne parlerons pas de la crainte chimérique, chez certains auteurs, de voir le Code civil devenir « un Code de classe » « bourgeois », en l'absence de dispositions sur le contrat de travail⁴ ; on aurait pu facilement réglementer l'ensemble de la matière du travail dans une loi distincte⁵, sans que le Code acquière, par là même, un caractère prononcé de classe.

Ce qui indique le caractère d'un Code, c'est l'ensemble de ses dispositions se référant à la famille, à la propriété et à toutes les institutions juridiques ; ce sont elles qui exigent l'inscription dans le Code civil des règles générales sur ce nouveau contrat. En effet, la matière des

1. Thaller, *loc. cit.*, p. 481.

2. Thaller, *loc. cit.*, p. 481.

3. Thaller, *loc. cit.*, p. 481.

4. Voir à ce propos Glasson, Les sources du droit. A propos du livre de Gény, *Méthodes d'interprétation, Comptes rendus de l'Ac. des Sc. mor. et pol.*, 1901 ; Cosentini, *La réforme de la législation civile*, 1911, p. 35 ; Percerou, A propos du livre d'Alvarez, *Revue critique de droit et de juris.*, 1905.

5. Tel est le cas pour la Belgique, où nous trouvons une loi spéciale du 10 mars 1900 sur le contrat de travail. Il faut d'ailleurs reconnaître que la matière du travail a donné naissance dans tous les pays des législations spéciales et étendues qui complètent les dispositions du Code civil : voir par exemple la « Gewerbe Ordnung » en Allemagne, le Code du travail français, 1910, etc.

obligations et contrats dans le Code civil doit comprendre l'ensemble des règles générales s'appliquant à la formation, à l'exécution et à la résolution des contrats. Seules les règles de police et les dispositions spéciales au travail doivent faire l'objet d'une législation à part.

Et qu'on ne dise pas que le contrat de travail ne peut faire l'objet d'un chapitre de Code civil, par suite de l'intervention des organismes publics en cette matière ; il en est de même pour un grand nombre d'institutions dont le caractère civil n'est nullement contesté. Il suffit de rappeler l'intervention et la surveillance tutélaire exercées par les différents organismes publics suisses et allemands.

Quant au caractère social et évolutionniste des différentes dispositions d'un Code, il est très difficile d'établir des distinctions trop précises. Il est sans doute incontestable que l'évolution du droit se manifeste surtout en rapports de crédit et de travail ; les nécessités impérieuses de la vie exigent, en cette matière, des formes toujours nouvelles ; mais il ne faut pas oublier que le Code civil tout entier évolue dans un milieu économique et social, que toute modification de ce milieu a ses répercussions sur l'ensemble. Qu'il nous suffise de rappeler comment les transformations de la grande industrie ont entraîné après elles plus de liberté civile chez la femme mariée, pour comprendre toute la vérité de nos dires. En toutes parties du Code, qu'il s'agisse de la famille, de la propriété ou des obligations, toute formule trop rigoureuse paraît insuffisante ; la vie a besoin de formules larges pour pouvoir s'affirmer ; ce qui évolue avec la vie, ce sont les particularités, ce sont les formes diverses qui l'expriment ; ce qui résiste à l'évolution, ce qui la dirige souvent, ce sont les principes généraux du droit civil. Or, ces principes généraux, il appartient au Code civil de les exprimer ; il le fera en notre matière comme en toute autre, en tenant compte des besoins réels de la vie.

Et que le législateur ne craigne pas qu'en inscrivant

ces principes généraux dans le Code civil, il en fera « un amas d'anticaillles ¹ » ; ces principes sont le résultat de la vie juridique, qu'ils sont appelés à régir ; lorsqu'ils paraîtront insuffisants à cette fonction, elle suffira pour les écarter.

Le système que nous préconisons a d'ailleurs été admis par la plupart des auteurs ². Tous demandent de distinguer les principes généraux des dispositions réglementaires et d'inscrire seules les premières dans le Code civil. Il a été suivi par le Code civil allemand et suisse ; c'est ce que nous verrons dans notre examen de ces différents Codes.

Mais avant d'y passer, nous nous proposons d'étudier les facteurs économiques dans le Code civil français.

II. — *Etude des facteurs économiques dans les différents Codes civils modernes.*

A. — *Code civil français*

99. Nous commençons notre étude avec les facteurs économiques dans le Code civil français ; il fut, en effet, le premier à consacrer le principe de liberté en matière de famille, de conventions et de propriété ; par là, il assurait l'indépendance des parties et facilitait la conclusion des différentes opérations juridiques.

En appliquant ce principe à la rédaction des conventions matrimoniales, il permettait aux divers besoins économiques des populations de s'affirmer ; ce contrat est, en effet, appelé à régir les rapports pécuniaires durant le mariage, le droit des tiers qui traiteront avec

1. Jay, Contrat de travail, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 87.

2. Voir discussions de la Soc. Et. lég., séance du 27 octobre 1904, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, p. 21 et s. ; Cosentini, *La réforme de la législation civile*, 1911, p. 359 ; Perreau, rapport sur la question du Contrat de travail, *Lull. Soc. Et. lég.*, 1905, p. 501 ; Ambroise Colin, Rapport préliminaire à la 6^e sous-commission, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, p. 429 ; Perreau, Contrat de travail. Société d'études législatives, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, séance du 30 novembre, p. 87.

eux ou deviendront, pour une autre cause, leurs créanciers¹ ; la loi attache une valeur toute particulière à cet acte, en permettant d'y insérer des clauses qu'elle prohibe par ailleurs² ; il en est ainsi notamment pour l'institution d'héritier (art. 1080), qui ne peut se faire que par contrat de mariage ; l'importance économique de ce contrat est dès lors très grande : il constitue une véritable « charte » des intérêts pécuniers des époux. Aussi fallait-il laisser toute liberté aux parties, afin de régler leurs intérêts comme elles l'entendent ; la loi n'apporte ici encore de restrictions à cette liberté que pour prohiber les atteintes à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. 387). Cette façon de procéder est la seule bonne ; elle sauvegarde les divers intérêts économiques s'affirmant sur un même territoire. On connaît la multiplicité des régimes matrimoniaux existant dans l'ancien droit³ ; aussi, seul, un système de liberté pouvait conduire à un rapprochement en cette matière.

Ce n'est pas seulement en matière de conventions matrimoniales que ce principe s'affirme ; il forme la base de tous les rapports contractuels existant entre les parties. La loi donne pleine liberté à celles-ci de régler leurs accords comme bon leur semblera (art. 1134).

Cette même liberté se rencontre dans le Code civil français en matière de propriété. Nous l'avons déjà dit lorsque nous avons parlé du facteur politique dans le Code ; en réorganisant le nouveau régime de la propriété, le Code civil l'a voulu libre, déchargé de toutes les obligations et rentes foncières qui le grevaient dans l'ancien droit. Il exclut tout droit de prééminence existant sous le régime féodal ; ce qui l'intéresse surtout, c'est de faciliter la transmission des immeubles : il fallait commencer par les dégrever de tous les liens, sou-

1. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil* t. III, 5^e éd., 1929, p. 1 et s.

2. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, *loc. cit.*, p. 15 et s.

3. Voir Ambroise Colin et Capitant, *loc. cit.*, p. 4; Meynial, Cours de 1925-1926 portant sur les régimes matrimoniaux.

vent occultes, qui les entouraient. Le Code est même allé trop loin dans cette voie : voulant assurer à tout prix la facile transmission des immeubles, il en écarte toutes les conditions de forme qui auraient pu l'alourdir ; il déclare, en de nombreux articles ¹, que le simple accord des volontés suffit pour transférer la propriété ; bien plus, sacrifiant tout intérêt des tiers, il ne subordonne pas l'opposabilité de la vente à l'accomplissement de certaines formes absolument nécessaires. Nous voulons parler de la transcription de l'acte sur le registre foncier ; cette transcription n'est, en effet, exigée par le Code civil qu'en matière de donations ².

Cette même liberté se manifeste encore dans l'article 815, où le Code confère aux parties le droit de sortir d'indivision « nonobstant toutes conventions contraires » ; cette faculté accordée aux parties se fonde aussi sur des considérations économiques : l'indivision prolongée donne lieu à des conflits qui peuvent préjudicier à l'administration du bien ; aussi faut-il permettre aux parties d'y mettre fin en demandant la sortie de l'indivision.

Tel est ce que nous avions à dire, en ce chapitre, sur la liberté dans le Code civil français. Ce régime peut présenter des dangers quant aux parties et quant aux tiers. Comment y fut-il remédié par le Code civil français ?

Il faut reconnaître, dès le commencement, que les mesures prises n'étaient pas toujours très efficaces ; en dehors de la protection accordée par le Code civil, en matière contrat, aux incapables — système qui s'explique par des considérations spéciales —, la nouvelle législation ne contenait que peu de dispositions protectrices des parties. Ce qui semble avoir constamment guidé le législateur en cette matière comme dans le Code tout entier, c'est l'idée de liberté complète accordée aux par-

1. Art. 711, 1138, 1302, 1583, etc.

2. Elle s'explique ici par la tradition et par des idées toutes spéciales. V. Ambroise Colin et Capitant, *loc. cit.*, t. I, p.

ties contractantes ; la non-intervention est un principe qui s'impose à lui et dont il ne s'écarte que rarement ; il ne le fait que pour les actes présentant un grand intérêt économique pour les parties¹, où la rédaction d'un écrit était d'ailleurs traditionnelle, ou bien encore pour ceux entraînant un appauvrissement et considérés *a priori* par la loi comme défavorables². En dehors de là, pourvu que la volonté soit réellement manifestée et ne soit pas viciée, pleine liberté est accordée aux parties.

Lorsque la loi impose la rédaction d'un écrit, elle ne le fait que pour assurer des moyens de preuve, et non comme une condition de constitution du contrat ; il suffit de parcourir le titre des contrats spéciaux pour se rendre compte de la vérité de nos affirmations : il en est ainsi en matière de vente (art. 1138, art. 1582), de louage (art. 1715 et 1717), en matière de société (art. 1834) et de cautionnement (art. 2015) ; dans tous, le simple accord de volonté suffit pour engager les parties.

Tout au plus, pour protéger les parties et leur attirer l'attention sur l'importance de l'acte qu'elles accomplissent, la loi demande que leur volonté de passer un certain acte juridique « soit expresse » ou « résulte clairement de l'acte » ; il en est ainsi notamment en matière de solidarité (art. 1202, § 1), en matière cautionnement (art. 2015), en matière de novation (art. 1263).

100. Quant à la protection accordée aux tiers, il faut reconnaître qu'elle n'est pas mieux organisée ; oubliant le principe posé dans la section « *Sur les effets des conventions à l'égard des tiers* » (art. 1165), le Code civil déclare expressément : « Le simple accord de volonté suffit pour transférer la propriété » (art. 1138, art. 711) ; il y avait là une véritable contradiction, puisqu'un acte essentiellement relatif pouvait produire des effets vis-

1. Conventions matrimoniales, gage, etc.

2. Donations. On a souvent critiqué le « formalisme suranné » existant en matière de donations, la supériorité de l'« esprit pratique » du Code civil allemand. Voir Raoul de la Grasserie, *Projet du Code civil allemand*, p. VIII.

à-vis de tous¹ ; ce système fut cependant admis par le Code, qui n'organise pas de publicité en matière de transmission d'immeubles. On conçoit facilement le danger qui en résultait : loin de faciliter la transmission des immeubles, il la rendait souvent impossible, en laissant planer, pendant longtemps, sur le nouvel acquéreur la crainte de voir apparaître un acheteur antérieur, qui revendiquerait sa propriété. On empêchait, en même temps, le développement de tout crédit hypothécaire : celui-ci exige, en effet, non seulement l'inscription des thécaire² et la transcription de tout droit immobilier³, immobilières et des charges pouvant les grever ; le créancier hypothécaire risque autrement de se voir évincer, soit pour le tout, soit pour partie, par le vrai propriétaire ou par celui ayant un droit sur l'immeuble.

C'est ce qu'avait compris le législateur de la Révolution ; aussi organisa-t-il l'inscription en matière hypothécaire² et la transcription de tout droit immobilier³.

Ce système ne fut pas suivi en entier par le Code civil : tout en conservant en principe la publicité en matière d'hypothèques, il l'abandonna pour les transmissions immobilières, sauf dans les cas expressément déterminés par le Code⁴. « Ce mélange de publicité et de clandestinité, amalgame des idées traditionnelles et des principes nouveaux⁵ », ne manqua pas d'être critiqué ; on essaya d'y suppléer et même de l'écarter dans certains cas⁶. Il fallait en cette matière une loi qui organisât le régime de publicité d'une façon générale ; ce fut l'objet de la loi du 23 mars 1855⁷.

1. Voir là-dessus Ambroise Colin et Capitant, *loc. cit.*, t. I, p. 935.

2. Par la loi du 9 messidor an III (27 juin 1795) : décret contenant le Code hypothécaire.

3. Loi du 11 brumaire an VII (1^{er} novembre 1798).

4. Art. 2108 ; en matière de privilège du vendeur, art. 2181 ; en matière de purge, art. 2180.

5. Ambroise Colin et Capitant, *loc. cit.*, t. II, p. 880.

6. Voir pour les essais faits en ce sens, Ambroise Colin et Capitant, t. I.

7. Il ne nous appartiendra pas d'étudier ici cette loi ; cela nécessiterait d'amples développements qui ne trouveraient pas place dans ce chapitre ; aussi, nous contenterons-nous de faire seulement quelques observations qui nous paraîtront nécessaires.

On a souvent constaté l'insuffisance du nouveau régime de publicité ; cette insuffisance est double : la loi de 1855 : a) ne s'applique pas aux résolutions par actes privés ou aux transmissions *mortis causa* ; b) elle limite excessivement le nombre de ceux qui peuvent s'en prévaloir ¹.

Le Code maintient le système révolutionnaire quant à l'inscription des hypothèques ; il apporte cependant de nombreuses dérogations. Il en est ainsi notamment des exceptions aux principes de la publicité, par la création d'hypothèques légales ² ; en principe, le Code exige la publicité en cette matière, comme pour les hypothèques conventionnelles (art. 2136, 2139 : interdit, mineur ; art. 2136 : femme mariée) ; il sanctionne même l'exécution de cette publicité par des amendes et des dommages-intérêts vis-à-vis des tiers ; mais le rang qu'il leur confère est indépendant de la date de leur inscription.

Les dangers qui résultent d'un tel système apparaissent surtout lorsqu'il s'agit de l'hypothèque légale de la femme mariée ; elle met le mari dans l'impossibilité de contracter avec des tiers et de leur fournir une garantie sérieuse : aussi le Code permet-il de la réduire ³ et même d'y renoncer ⁴.

En plus des hypothèques, le Code civil français soumet aussi à l'inscription les privilèges immobiliers ⁵ ; son système ici encore est incomplet et souvent contradictoire. Il suffit de rappeler la façon dont est organisée la publicité en matière de privilège du vendeur d'immeubles : elle est incomplète, en ce qu'elle ne garantit complètement ni le vendeur ⁶, ni les tiers ⁷ ; elle est

1. Il suffit pour s'en rendre compte de comparer la notion de « tiers » de l'art. 3 (loi du 23 mars 1855) avec celle de l'art. 41 en matière de donation ; la loi exclut tous les créanciers chirographaires de l'exercice de cette action.

2. Ces sortes d'hypothèques existaient déjà dans le décret de 1795 mais elles étaient toutes soumises à l'inscription.

3. Par *réduction conventionnelle* (art. 2140) ou *judiciaire* (art. 2144).

4. Art. 9 de la loi du 23 mars 1855 ; loi du 13 février 1889, 9-4-5.

5. Voir art. 2103-2113.

6. La faillite, la liquidation judiciaire, la mort de l'acheteur suivie de l'acceptation de son patrimoine sous bénéfice d'inventaire, peuvent en effet intervenir avant qu'il ait fait la transcription de son titre ; elles le privent alors de son droit.

7. Le vendeur pouvait transcrire son titre aussi longtemps que l'immeuble se trouvait entre les mains de l'acheteur.

contradictoire, en ce que le Code civil ne se préoccupe pas de l'action résolutoire appartenant au vendeur : il ne la soumet pas aux mêmes règles que le privilège ; de là, la possibilité pour le créancier d'intenter cette action, même après l'extinction de son privilège pour défaut de publicité. Aussi fallait-il rendre cette action dépendante du privilège ¹.

Ce caractère contradictoire apparaît encore lors du privilège du copartageant, pour l'inscription duquel le Code fixe deux délais différents ².

L'infériorité de ce système apparaît dès le commencement ; son insuffisance et ses contradictions s'expliquent par des idées traditionnelles et par le peu de développement économique du commencement du xix^e siècle. La transcription, quoique consacrée par la Révolution, n'était pas encore entrée dans les mœurs ; elle ne devait donc pas lui survivre. Le Code revenait à un système plein de tâtonnements et de contradictions ; la sauvegarde de l'intérêt des tiers n'était pas assurée dans les matières que nous venons d'étudier.

Il en est de même pour les nombreuses causes de résolution, nullité, révocation, que nous rencontrons en matière de donation. Ici encore l'intérêt des tiers n'est pas pris en considération ; l'acte résolu cesse de produire ses effets *erga omnes*. Appliquant l'adage bien connu : *Resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientes*, le Code déclare dans son article 254 que « les biens donnés rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donateur » ; et l'article ajoute : « le donateur aura contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même » ; seule la prescription acquisitive pourra mettre les tiers à l'abri de ce recours.

Un tel système ne peut manquer de présenter des dangers pour les sous-acquéreurs ; ils sont cependant en

1. Cette dépendance fut pour partie établie par la loi de 1855. Voir Ambroise Colin et H. Capitant, *loc. cit.*, t. II, p. 848-849.

2. 45 ou 60 jours, suivant que l'immeuble se trouve ou non dans les mains du copartageant.

faute, la plupart du temps, de n'avoir pas examiné le titre de leur auteur qui devait indiquer les charges de la donation ; ils souffrent alors les conséquences de leur négligence.

Il en est autrement dans le cas de révocation de la donation « pour cause de survenance d'enfants » (art. 960). Ici aucune faute n'est possible de la part du tiers détenteur ; cependant la loi déclare la donation « révoquée de plein droit ¹ », et annule toute clause ou convention par laquelle « le donateur aurait renoncé à la révocation de la donation » (art. 965) ; bien plus, le législateur pousse sa sévérité contre les tiers jusqu'à déclarer non recevable, comme moyen d'acquisition, que la prescription de trente ans (art. 966). Il y a là une véritable dérogation au droit commun : la présence d'une juste cause aurait dû permettre une prescription de dix ou vingt ans. On conçoit les inconvénients d'un tel système : il rend plus difficile et empêche souvent la circulation des biens.

Aussi n'a-t-on pas manqué de mentionner la supériorité de la distinction établie par l'art. 958, en matière de « révocation pour ingratitude du donataire » ; l'acte révoqué produit ses effets contre les parties, mais non vis-à-vis du tiers. « Malheureusement, on rencontre là une exception unique dans notre conception française de la transmission des droits ². »

Si nous ajoutons à ce qui vient d'être dit, l'absence de publicité en matière de régimes matrimoniaux ³, l'effet déclaratif du partage consacré par l'art. 883, nous nous rendrons pleinement compte de la défectuosité du régime consacré par le Code.

Sans doute, leur intérêt n'a pas manqué de préoccuper le législateur : il en est ainsi notamment pour les cas où

1. Art. 960 ; il en est autrement pour les autres cas, dans lesquels le juge doit prononcer la résolution.

2. Ambroise Colin et Capitant, *loc. cit.*, t. III, p. 808.

3. Aussi essaya-t-on d'y remédier par des lois spéciales ; ce fut le cas de la loi du 10 juillet 1850. Voir sur l'insuffisance de cette loi, Ambroise Colin et Capitant, *loc. cit.*, t. III, p. 26.

le Code prescrit l'accomplissement de certaines formalités qui ont pour but de garantir la véracité de l'acte ¹, ou d'en faire connaître l'existence ²; mais il faut reconnaître que les cas sont relativement rares, et qu'en tous cas nous ne rencontrons pas une théorie d'ensemble consciencieusement élaborée en cette matière.

Il en est de même pour la protection d'un autre intérêt des tiers; nous voulons parler des droits des créanciers d'un débiteur insolvable. Ici encore, il faut constater l'absence de tout système organisé; sans doute, l'article 2093 consacre l'égalité entre créanciers chirographaires; mais, nulle part cette égalité n'est organisée en pratique. Loin d'établir une procédure de distribution par contribution, le Code civil consacre le droit individuel de poursuite du créancier; il en est ainsi notamment pour l'action indirecte (art. 1166), pour l'action paulienne (art. 1167). Bien plus, alors même que cette insolvabilité est notable par l'acceptation de la succession du débiteur sous bénéfice d'inventaire, le Code n'organise pas de plein droit la procédure collective; il faut, pour qu'elle fonctionne, que les créanciers fassent opposition entre les mains du débiteur; jusque-là, le droit de poursuite individuelle subsiste ³.

Ce système est de beaucoup inférieur à ceux analogues existant en Belgique et en Suisse ⁴; ces derniers ⁵ assurent l'égalité entre les créanciers, tout en ne portant pas atteinte aux droits de l'héritier. Le législateur fran-

1. Nous faisons allusion aux nombreuses formalités exigées par le Code pour le cas de la subrogation par la volonté du débiteur, art. 1250, al. 2. Il en est de même en matière de constitution de gage: l'art. 2074 veut que cette constitution soit constatée par un acte écrit, dûment enregistré.

2. Il s'agit du cas où le Code exige l'inscription ou la transcription d'un acte; art. 941, art. 2108.

3. Il subsiste à l'égard des tiers, même après l'opposition. V. pour le cas de saisie-arrêt entre les mains d'un tiers, H. Capitant et Ambroise Colin, *loc. cit.*, t. III, p. 616.

4. Nous voulons parler de la publicité et de la procédure provocatoire, organisées par le projet belge de révision du Code civil; une procédure « de distribution par contribution » est ensuite organisée entre tous les créanciers inscrits. Voir pour cette innovation, Ambroise Colin et H. Capitant, *loc. cit.*, t. III, p. 586.

5. Nous verrons plus tard quelles furent les mesures de protection instaurées par le Code civil suisse.

çais semble avoir été surtout préoccupé d'assurer la liberté intégrale en matière de dettes comme dans toutes les autres institutions antérieurement examinées. De là, l'absence de toute réglementation.

Il en est ainsi aussi du principe d'égalité entre héritiers, que le Code civil français établit au préjudice même des créanciers ; en effet, à l'encontre des législations qui consacrent ¹ le principe de la solidarité passive entre les héritiers, le Code civil français déclare que « chaque héritier n'est tenu au paiement des dettes et charges de la succession que dans la mesure de ce qu'il prend ² » ; il en résulte que les créanciers supportent l'insolvabilité de l'héritier. Voilà, en quelques mots, ce que nous avons à dire de la protection des tiers.

101. Nous passons maintenant au « contrat de travail dans le Code civil français ». On a souvent parlé de l'insuffisance du Code en cette matière ; se conformant à la tradition, il considère le contrat de travail comme un « contrat de louage » ; aussi place-t-il ses développements sur ce contrat, à la suite du louage de choses, sous le titre de la section : « Louage des domestiques et ouvriers ».

Ce système présentait le danger de faire croire à l'identité du contrat de travail avec les autres rapports contractuels étudiés par le Code ; à la nécessité de le soumettre aux mêmes règles et d'y faire prédominer avant tout les principes de liberté et d'égalité qui sont à la base des contrats. On oublie ainsi facilement que le contrat de travail, tout en étant un accord de volontés, suppose souvent deux parties, dont l'une est prépondérante à raison de sa situation économique ; qu'il importe, dès lors, que le législateur intervienne pour rétablir l'équilibre, pour imposer des obligations et empêcher d'y déroger.

La conception du Code civil s'explique cependant par

1. Code civil suisse, par exemple.

2. Voir en ce sens, art. 870, 873, 1220,

le faible développement de l'industrie au commencement du xix^e siècle ; il n'importait pas, dès lors, de soumettre ce contrat aux règles habituelles.

Telles sont les raisons qui expliquent surtout que le Code civil n'ait consacré que deux articles à cette espèce de contrat¹ : l'un se réfère à la preuve applicable en notre matière² ; l'autre, appliquant les principes de la liberté individuelle en matière de contrat, déclare qu'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une durée déterminée³. Pour le reste, c'est-à-dire pour l'ensemble des règles s'appliquant à la formation ou à l'extinction de notre contrat, nous ne trouvons aucune disposition dans le Code civil. On comprend facilement qu'en présence d'une telle lacune, et à la suite du développement de l'industrie, on ait accusé le Code d'avoir un caractère antisocial, de classe ; certains même l'ont qualifié de Code bourgeois.

Sans doute, la conception du Code civil français est trop étroite : a) En ce qu'elle considère le contrat de travail comme une variété de louage ; b) en ce que le Code restreint ses règles à ce qu'il appelle « domestiques et ouvriers ». Or le contrat de travail est un contrat spécial.

Il est un contrat, parce qu'il suppose « deux volontés qui se font crédit l'une à l'autre⁴ » ; mais il présente un caractère spécial à raison des inégalités économiques de ceux qui contractent entre eux ; à raison surtout de la nature toute particulière de son objet. Ce qui fait, en effet, l'objet de ce contrat, c'est la puissance même du travail humain ; et lorsque nous parlons de cette puissance, nous n'entendons pas l'appliquer seulement au travail matériel, mais à toute activité intellectuelle ou autre ; par là, on élargit pour beaucoup l'objet de ce contrat.

1. Sous le titre de « Louage de domestiques et d'ouvriers ».

2. Art. 1781.

3. Art. 1780.

4. Saleilles, Lettre à la commission sur le contrat de travail, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 209.

Une conception aussi large se rencontre dans les Codes civils modernes ; c'est ce que nous verrons au cours de notre étude ; nous nous contentons de constater pour le moment l'insuffisance du Code civil en notre matière ¹.

102. L'examen du facteur économique dans ce Code nous a révélé son insuffisance pour assurer une protection efficace aux tiers et son inexistence pour régler les rapports contractuels en matière de travail.

De quelque côté que nous poussions notre étude, nous arriverions au même résultat. « Quant au régime de la vie économique, de la production et de la circulation des richesses, le Code ignore les groupements, ne connaît que les individus isolés, tous regardés comme autant de souverainetés égales entre elles ². » En effet, il ne consacre expressément la personnalité que pour les sociétés de commerce ³ ; il ignore les associations et ne voit dans les fondations qu'une espèce de legs. Or, nous l'avons dit dans notre introduction : la complexité de la vie économique exige l'apparition, à côté des activités individuelles, d'êtres collectifs constitués par les sociétés et associations, en vue de suppléer aux premières ; la méconnaissance de cette nécessité économique constitue une nouvelle lacune que nous tenions à noter.

Il en est de même de l'insuffisance technique du Code en matière de propriété ; elle consiste en ce que le Code civil ne connaît que la propriété individuelle et oublie de régler d'une façon d'ensemble les différentes formes économiques se référant à l'indivision.

Mais cette insuffisance apparaît surtout dans l'étroite conception qui se fait des meubles et dans l'absence de protection qui en résulte.

On sait que le Code distingue deux sortes de meubles

1. Aussi cette insuffisance fut-elle la cause de l'apparition dès la fin du siècle dernier d'un grand nombre de lois spéciales qui aboutirent au Code du travail du 30 décembre 1910.

2. Morin, *Crise de la loi et du contrat*, *Bull. Soc. fr. philos.*, séance du 27 décembre 1924, p. 115 ; v. aussi Morin, *La révolte des faits contre le Code civil*, 1920, p. IX-LIII, p. 194.

3. V. art. 529, al. 1.

« par nature et par détermination de la loi » (art. 527) ; à l'ancienne conception (meubles par nature), il en ajoute une nouvelle ; il considère aussi comme meubles ceux qui le sont par « détermination de la loi » : « les obligations ou intérêts », « les rentes perpétuelles ou viagères soit sur l'Etat, soit sur des particuliers » (art. 529).

En écrivant cet article, le législateur français ne pouvait prévoir les transformations économiques qui allaient intervenir et bouleverser toute la vie juridique des peuples ; il constitue néanmoins l'une des lacunes les plus souvent citées du Code civil. Cette simple mention prouve le peu d'intérêt qu'il accordait à cet important élément du patrimoine ; nous ne trouvons en effet nulle part dans le Code des dispositions spéciales se référant aux titres de crédit ; sans doute, dans son livre III, titre VI, chapitre VIII, le Code semble se référer « au transport des créances et autres droits incorporels » ; mais un simple examen de ce chapitre suffit pour observer qu'il ne contient aucune mention spéciale quant à ces titres ; les seules dispositions juridiques existant en cette matière sont exclusivement d'ordre jurisprudentiel¹.

Ce manque d'intérêt attribué aux « meubles » par le Code civil, résulte aussi de la distinction qu'il établit entre les meubles et immeubles quant à la composition active « de la communauté légale » (art. 1401), quant aux pouvoirs du mari (art. 1428), quant à l'inaliénabilité de la dot (art. 1554 et suiv.), quant aux pouvoirs du mari sous le régime dotal (art. 1549), et enfin dans toute la matière du contrat de mariage. Il en est de même quant aux formalités qu'il impose au tuteur pour l'aliénation des biens du mineur².

Il importe de noter encore, avant de conclure, la conception étroite du Code civil en matière de contrat.

1. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 152.

2. Aussi le législateur postérieur est-il intervenu en cette matière par un nombre de dispositions légales qui ont abouti à la loi du 27 février 1880. V. là-dessus, Ambroise Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 507.

Celui-ci maintient l'ancienne conception. Le contrat est un accord de volonté entre parties et ne peut produire d'effets vis-à-vis d'un tiers qui n'y est pas représenté. Ce système était tout à fait insuffisant pour les besoins du commerce ; il a cependant été suivi par le législateur français qui prohibe la stipulation pour autrui¹ et ne consacre qu'un seul paragraphe à sa principale application : le contrat d'assurance (art. 1964, al. 4).

Il ne connaît que le contrat librement conclu par deux parties en présence ; il ignore le cas où, en raison des circonstances économiques, les volontés se juxtaposent simplement au lieu de s'équilibrer et de se pénétrer réciproquement² ; il ne pouvait prévoir le contrat collectif intervenant entre deux organismes différents (syndicats d'employeurs et d'employés), traitant au nom et pour le compte de personnes étrangères à l'acte. Avec le développement de la vie et des rapports sociaux toujours plus complexes, ce système apparaît de plus en plus insuffisant.

Cette insuffisance se manifeste aussi à un autre point de vue : le législateur français de 1804 ne s'était pas débarrassé suffisamment de l'ancienne conception qui voyait dans la convention un rapport entre deux personnes bien déterminées, donnant un droit au créancier comme conséquence d'une obligation imposée au débiteur ; il n'était pas encore arrivé à ne considérer la convention que par son résultat actif ou passif, indépendamment des personnes qui y prenaient part ; aussi, tout en permettant le transfert des créances³, — et le remplacement de l'ancien créancier par un créancier nouveau, — il ignore toujours le transfert des dettes. Sans doute le Code civil français connaît la novation par changement de débiteur⁴ ; mais, dans le cas de novation, l'an-

1. Art. 1119 et s.

2. Cette lacune a souvent été relevée par les différents auteurs : Ambroise Colin constatait dès 1886 que « c'est devenu un lieu commun de déplorer la lacune du titre des contrats aléatoires en ce qui touche le contrat d'assurance » (*Gazette du Palais*, 1886).

3. Art. 1689 et s.

4. Art. 1271 et s.

cienne dette est éteinte et remplacée par une obligation nouvelle.

L'insuffisance économique du Code se manifeste encore en de nombreuses matières ; il en est ainsi notamment en matière « de demeure »¹, « de compensation »².

103. Nous terminons ainsi avec notre étude portant sur les facteurs économiques dans le Code civil français. En unifiant le droit, le nouveau Code se conformait à un vœu unanimement manifesté ; il assurait « un même poids et une même mesure » pour tout le territoire ; par la liberté qu'il accordait aux parties, il assurait le développement des rapports économiques des différentes régions du pays ; en appliquant ce principe à la propriété, il la débarrassait de toutes les charges foncières qui la grevaient ; il en facilitait, par là même, la transmission.

Son insuffisance apparaît cependant dans maints chapitres : l'intérêt des tiers n'est pas suffisamment protégé ; le contrat de travail est considéré comme un simple « louage » et ne donne lieu qu'à des dispositions fragmentaires. Enfin, la technique du Code en matière de propriété et de contrat de collectivités est bien trop étroite. Sans doute, une telle conception était en harmonie avec le peu de développement du commerce et de l'industrie. Les rapports économiques se sont modifiés depuis et sont devenus de plus en plus complexes et divers ; cela n'a pas pu ne pas avoir de répercussions profondes sur le droit. Quelles ont été les innovations imposées ? C'est ce que nous dirons dans notre étude sur le Code civil allemand.

1. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, p. 83-84.

2. V. notamment quant aux difficultés qui résultent de l'exigence de la liquidité des deux obligations (1291, al. 1) et quant à la façon dont la jurisprudence y a mis fin, Ambroise Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 118-119.

B. — *Code civil allemand.*

104. Le Code civil allemand, intervenant à la suite des transformations économiques du XIX^e siècle, devait régler dans ses formules la plupart des modifications nouvellement imposées. Il offrait en effet de solides principes, non seulement au commerce, mais « à l'ensemble des opérations économiques ¹ ». Il assurait l'unification du droit civil pour tout le territoire allemand ; il facilitait ainsi le développement des rapports économiques entre les différentes populations.

Tout en consacrant le principe de liberté en matière de contrats, il sauvegarde l'intérêt des tiers ; il considère pour la première fois, la volonté manifestée extérieurement comme un acte social, ayant une valeur propre et ne pouvant plus être annulée pour défaut de cause.

A côté des anciens rapports contractuels, apparaissent dans le Code les contrats abstraits, trouvant leur raison en eux-mêmes ; ces derniers rappellent l'ancienne tradition romaine, en ce qu'ils sont indépendants de la cause qui leur a donné naissance : c'est le cas de la cession de droit, et de la transcription des immeubles.

La théorie de la « déclaration de volonté » du Code civil allemand présente aussi une valeur économique considérable : la simple offre est sanctionnée par le législateur, qui met les risques à la charge du déclarant ² ; il ne tient compte que de la volonté extériorisée et très rarement de la volonté interne ³. Il facilite en même temps et par tous les moyens possibles, l'expression de cette volonté : il règle dans son livre I,

1. Voir *Annales du droit commercial*, 1898, p. 147, comptes-rendus du Code civil allemand.

2. Aussi même en cas d'erreur, l'émettant doit indemniser la partie adverse, à moins qu'il y ait eu négligence ou erreur de la part de cette dernière, v. art. 122. Une telle règle répond aux besoins du crédit. V. Meynial, La déclaration de volonté, *Rev. trim.*, 1902, p. 556.

3. V. art. 116 qui constate qu'« une déclaration de volonté n'est pas nulle par cela seul que l'auteur de la déclaration se réserve secrètement de ne pas vouloir ce qui a été déclaré ». L'art. 119 consacre cependant la théorie de l'erreur.

section 3, titre III « du contrat », le cas de l'offre émise par télégramme, par téléphone (art. 147), et de l'offre tardive (art. 149) et consacre en ses matières les derniers résultats de la jurisprudence française moderne¹.

Le Code civil allemand est le premier à réglementer d'une façon générale la théorie de la représentation ; sans doute, il ne connaît que la représentation directe² ; mais il n'exige pas, pour qu'elle existe, une déclaration expresse ; il faut et il suffit qu'elle résulte clairement des circonstances.

Le Code place sous le titre « Des rapports d'obligation ayant leur source dans un contrat³ », à la suite « des contrats synallagmatiques » (titre II), « la promesse de prestation à un tiers » (titre III) ; l'effet de cette promesse est que le tiers acquiert directement le droit de poursuivre la prestation (art. 328).

Il en est de même lorsque cette promesse unilatérale est inscrite dans un titre au porteur ; « le porteur peut exiger la prestation dans la mesure de la promesse » (art. 793). Afin d'assurer la circulation du titre, le Code déclare que « le souscripteur est obligé par toute dette souscrite au porteur, alors même qu'elle lui aurait été volée ou qu'elle aurait été perdue, ou qu'elle serait autrement tombée dans la circulation » (art. 794).

On conçoit la supériorité du Code civil allemand sur le Code civil français ; le législateur allemand connaît les titres de crédit et leur facile circulation ; il permet aux parties d'inclure leurs dettes civiles sous forme de titres au porteur. Dès lors, la personnalité du créancier et celle du débiteur deviennent indifférentes dans les rapports contractuels conclus ; ceux-ci ne sont plus considérés que par leur résultat, comme des valeurs susceptibles d'être objet de transferts multiples ; cela constitue indubitablement un progrès au point de vue économique.

Tout en consacrant cette liberté, le Code impose cer-

1. V. I. 1^{er}, sect. III, t. III, Du contrat.

2. V. art. 164 et s.

3. L. II, sect. II, art. 328-335.

taines formes destinées à garantir la volonté réfléchie des parties ; il exige, en effet, que le transfert se fasse par « un titre » dressé par l'ancien créancier, qui constate la cession et soit « certifié par voie de légalisation publique » (art. 399).

Pour que le progrès fût réel, il fallait entourer ces dettes de toutes les mesures de protection nécessaires aux tiers ; c'est ce que fit le Code civil allemand, en soumettant les dettes souscrites au porteur à « l'approbation de l'Etat » et à des mesures de publicité par la voie du *Moniteur officiel*¹ ; elles acquièrent dès lors la qualité de titres de crédit présentant des garanties de paiement et de circulation égales à toutes les autres valeurs au porteur. Cette nouvelle conception de l'obligation explique la liberté accordée aux parties de transférer, non seulement des créances, mais encore des dettes.

Quant au transfert de créances, il est permis même par le Code civil français ; ce qui distingue le Code civil allemand de ceux qui l'ont précédé, c'est qu'il admet la reprise des dettes (Schuldübernahme) (art. 414-419) ; elle se fait par acte passé entre le cédant et le cessionnaire, mais exige, à peine de nullité, l'adhésion du créancier à la cession. La reprise de dettes a pour résultat de transférer le rapport de droit préalablement formé² ; cela constitue un grand avantage économique tant pour le créancier que pour le débiteur.

En résumé, la liberté des parties apparaît entière dans les nombreuses dispositions du Code civil que nous avons citées ; cette volonté peut s'exprimer de quelque manière que ce soit, pourvu qu'elle le fasse librement et ne soit pas viciée ; la loi en garantit l'exécution.

Une fois exprimée, elle cesse d'être un fait individuel pour acquérir un caractère social ; elle est dès lors indépendante de la cause qui lui a donné naissance et, en

1. Aussi l'art. 795 déclare-t-il que la dette au porteur mise en circulation sans autorisation de l'Etat est nulle : « le souscripteur est tenu d'indemniser le porteur du dommage causé par l'émission ».

2. Art. 414 et s.

cas de contestation, il appartient au juge de déterminer ce qui a été convenu.

Tel est le système du Code civil allemand ; il faut reconnaître que le législateur n'en a pas déduit ses conséquences ultimes ; aussi consacre-t-il, à côté de la volonté objective, la théorie de l'erreur. Néanmoins, les principes établis présentent un grand intérêt économique en ce qu'ils concilient la liberté des parties et l'intérêt des tiers. C'est dans ce même double but que le Code a créé les titres au porteur pour les dettes civiles et le transfert des créances et des dettes.

105. La supériorité du Code civil allemand résulte aussi de l'importance donnée au contrat de travail ¹. Sans doute, le Code ne contient que les principes généraux servant de base à ce contrat ; il renvoie pour toute la partie réglementaire à des dispositions spéciales. Ces principes donnent cependant lieu à des développements suffisamment intéressants et étendus pour que nous nous y arrêtions un peu.

Il importe de noter tout d'abord l'étendue de l'objet de ce contrat ; le Code nous déclare en effet que « peuvent faire l'objet du contrat de travail, des services de toute nature » (art. 611). Cet objet ne s'applique, dès lors plus seulement aux rapports restreints rencontrés chez le législateur français, mais à tous ceux imposés par la grande industrie et les développements économiques intervenus. Le contrat de travail acquiert par là un domaine d'application considérable qui ne fera que s'agrandir dans les Codes qui suivront.

Le législateur allemand consacre de plus en cette matière un grand nombre de principes sociaux ; il prévoit l'obligation d'assistance pendant six mois de tout ouvrier malade habitant avec son patron, « à moins que la maladie n'ait été contractée par fait intentionnel et négligence grossière » (art. 618) ; il protège « l'obligé aux services » admis dans la communauté domestique ;

1. T. VI, Du contrat de services, art. 611-630.

enfin, il règle d'une façon très précise la nécessité du préavis lors de la rupture du contrat de service (art. 620, 625) et ne l'exclut que pour cause grave (art. 626).

Telles sont les innovations apportées en notre matière ; en élargissant la notion du contrat de services, en la socialisant, en interdisant la rupture sans préavis, le nouveau Code a posé les bases modernes du contrat de travail. Il fut le premier à indiquer qu'il appartenait au Code civil de comprendre les principes généraux, en matière de contrat de services comme en tout autre. Par là, il présente pour l'ouvrier allemand un grand intérêt pratique ; car celui-ci, — à la suite du développement de l'industrie, — est appelé à de grands déplacements ; on a dit, en effet¹, qu' « il n'y avait pas, au moment de la rédaction du Code civil, une seule grande usine n'employant des ouvriers appartenant à des Stämme différentes ». Aussi comprend-on facilement l'avantage que présentait pour l'ouvrier allemand, l'existence d'un droit unique sur tout le territoire.

106. En plus de cet ensemble de dispositions dont nous venons de parler, le Code civil allemand en connaît bien d'autres qui présentent toutes une grande valeur économique ; à côté des individus, il place les personnes juridiques et reconnaît à ces dernières la personnalité civile moyennant certaines conditions de forme. Marquant le commencement d'une tendance générale dans les codifications modernes, il traite mieux les associations poursuivant un but idéal que celles ayant un objet économique (art. 21, 22 B. G. B.) ; il se contente de soumettre les premières à une simple immatriculation ; l'autorisation gouvernementale qu'il impose aux secondes n'oppose cependant pas d'obstacle à leur constitution.

Tenant compte des besoins économiques que cette personnalité est appelée à satisfaire, le législateur allemand déclare qu'en cas de dissolution, la société est présumée

1. Blonfel, Etude sur le Code civil allemand et les ouvriers, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1900; 1901, p. 90.

subsister comme personne juridique jusqu'à sa liquidation (art. 703, § 2) ; par là, il est d'accord avec les décisions de la jurisprudence française ¹.

107. A côté de la propriété individuelle et des anciens droits réels, le Code allemand place des formes nouvelles et variées.

Le Code civil français ne consacre que la propriété individuelle ; il n'ignore sans doute pas l'indivision ², mais il ne la régleme pas d'une façon d'ensemble dans un chapitre spécial. Une telle technique paraissait trop simpliste en matière de propriété ; elle ne satisfaisait pas suffisamment aux divers besoins économiques. Aussi en est-il tout autrement dans le Code civil allemand qui, à la suite de la « société » (titre XIV, art. 705, 740), place l'étude « de la communauté par indivision » (titre XIV, art. 741 et suiv.).

Se conformant à la tradition, le législateur allemand permet à chaque copartageant de disposer de sa part de propriété (art. 747), de sortir d'indivision à moins de convention contraire ; même dans ce cas, il permet la sortie pour « causes graves » (art. 752). L'indivision peut donner lieu à de nombreux conflits entre les communistes ; l'intérêt économique lui-même exige alors d'y mettre fin.

En opposition avec le Code civil français, le législateur allemand permet à la majorité « de décréter... une administration et une utilisation régulières correspondant à la nature de l'objet commun » (art. 765, § 1) ; on évite ainsi, pour partie au moins, les conflits et les difficultés qui résulteraient si on demandait l'unanimité des communistes ³. On comprend, à la suite d'une telle régle-

1 Ces décisions sont d'ailleurs assez anciennes, puisqu'elles remontent à 1863. V^e Req., 27 juillet 1863, D. P. 61.1.460, S. 63.1.457, citée d'après Ambroise Collin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, p. 627.

2. V. notamment art. 815.

3. Quelle que soit la supériorité de ce système au point de vue économique, il n'a pas été suivi par la loi belge, 8 juillet 1924, « révisant et complétant les dispositions du Code civil relatives à la copropriété ». Cette loi continue à exiger dans son art. 6 « le concours de tous les copropriétaires » pour tous les actes d'administration plus importants. Elle ajoute cependant : « ...l'un des copropriétaires peut contraindre les autres à participer aux actes d'administration reconnus nécessaires par le juge » (*Annuaire de légis. étr.*, 1924, p. 23).

mentation, que, tout en conservant leurs droits pour le cas de causes graves (art. 752), les parties puissent exclure par conventions spéciales, « pour toujours ou pour un certain temps », le droit d'exiger la cessation de la communauté ; que la loi déclare ces clauses opposables aux tiers « lorsqu'elles ont été inscrites au livre foncier » (art. 1010) ; qu'elle permette de grever la chose indivise au profit même de l'un des copropriétaires (art. 1009). Pour être complet, il faut encore rappeler que « le partage en nature de l'objet commun est interdit lorsqu'il en résulte un abaissement de valeur » (art. 758, § 1) ; dans ce cas, la vente en justice est seule admise.

108. Nous voyons s'affirmer ici, en même temps que la pleine liberté accordée aux parties, la tendance de protéger l'intérêt économique de l'ensemble ; le législateur allemand se préoccupe aussi à sauvegarder l'intérêt des parties et celui des tiers.

Alors que le Code civil français déclare que la propriété se transfère par simple convention¹, le législateur allemand demande (livre III, section : Droit sur les immeubles, art. 873) non seulement l'accord de volonté, mais encore l'inscription de la mutation de la propriété sur un livre public².

Il importe d'insister sur ce point ; le registre foncier est un livre public, tenu dans chaque circonscription par un magistrat (Grundbuchrichter) ; celui-ci examine la validité des titres qu'on lui présente avant d'en autoriser l'inscription ; aussi, l'inscription d'un droit au livre foncier emporte-t-elle présomption de l'existence du droit en la personne du titulaire inscrit ; elle présente le maximum de sécurité pour les tiers.

1. Art. 1138 Code civil.

2. L. III, sect. III. De la propriété, t. II. « De l'acquisition et de la perte du droit de propriété sur les immeubles », art. 925, qui demande que « l'accord des volontés de l'aliénateur et de l'acquéreur exigé par l'art. 873 pour qu'il y ait transfert de propriété d'un immeuble (Au *lassung*, *dessaisine*) se réalise par la déclaration des deux parties présentes en même temps devant le bureau foncier ». V. aussi art. 873 Code civil allemand, t. II, 1906, p. 465, note 4.

Les parties sont suffisamment garanties, parce que la loi exige, pour qu'elles soient liées, qu'un acte de leurs déclarations soit passé « en justice ou devant notaire » (art. 313).

Cette conciliation entre la liberté et la protection des tiers apparaît aussi et surtout lorsqu'il s'agit du crédit immobilier. « Pour satisfaire aux nombreux et divers besoins de crédit foncier, le législateur a multiplié les formes possibles de l'engagement des immeubles ; à côté de l'hypothèque ordinaire, ou hypothèque négociable avec cédule hypothécaire, il reconnaît et réglemente l'hypothèque sans cédule, l'hypothèque de garantie, la dette foncière avec ou sans cédule et la rente foncière avec ou sans cédule. De la sorte, il ménage la diversité des usages existant dans les divers pays et donne libre essort au développement du crédit immobilier »¹. Il importe surtout de noter la création, à côté de l'hypothèque de garantie², d'une hypothèque négociable, ayant une valeur propre, indépendante et transmissible par voie de cédule ; le propriétaire acquiert ainsi le droit de disposer de la valeur de crédit incluse, sans se dessaisir de son immeuble ; la cédule est un titre à ordre tout aussi facilement négociable que n'importe quel autre titre de même nature ; on assure par là la circulation rapide du crédit hypothécaire³. Cette supériorité du Code apparaît encore en matière de prénotation et d'hypothèques légales.

a) *Prénotation* (livre III, 883-888) : Elle constitue l'une des innovations les plus intéressantes du Code civil allemand ; celui « qui a un droit à la constitution ou à

1. Code civil allemand, t. II, 1906, p. 706, note 1.

2. Elle est constituée de telle manière que « le droit qui en résulte pour le créancier, se détermine exclusivement d'après la créance », Code civil allemand, t. II, 1906, p. 706, note 1 ; v. aussi *op. cit.*, p. 707, notes.

3. « Toute forme de crédit réel immobilier peut être établie avec délivrance d'une cédule, à l'exclusion de l'hypothèque de garantie. Tandis que le premier projet considérait que pour l'hypothèque négociable la règle était l'absence de cédule, le Code civil au contraire regarde l'hypothèque avec cédule, comme étant la forme de crédit de beaucoup la plus répandue et la plus pratique » (Code civil allemand, t. II, p. 710, notes).

l'extension d'un droit réel immobilier » (art. 883), peut le conserver en faisant inscrire une prénotation au livre foncier ; il en résulte que « toute disposition relative à l'immeuble ou au droit, faite postérieurement à l'inscription de la prénotation, est inefficace en tant qu'elle anéantirait le droit prétendu ou lui porterait atteinte ». Un tel système, en faisant connaître les causes de résolution à intervenir, est de beaucoup supérieur à celui consacré par le Code civil français et par la loi de 1855 ; tout en garantissant le droit des parties, il protège celui des tiers en leur faisant connaître les causes pouvant entraîner l'annulation de l'acte.

b) Le Code civil allemand maintient le système des *hypothèques légales*¹ ; il ignore l'institution vieillie et désuète qu'est l'hypothèque légale de la femme mariée. Il en est de même de celle accordée par le législateur français au mineur sur les biens de son tuteur ; dans les deux cas, la loi se contente de mesures de protection autrement efficaces que celles du Code français².

Cette protection accordée aux tiers s'affirme encore en maints autres chapitres ; il en est ainsi notamment pour le registre du régime des biens et pour le certificat d'héritier.

a) *Le registre du régime des biens* : S'opposant ici encore au Code civil français, le législateur allemand organise indirectement la publicité des conventions matrimoniales ; cela au moyen d'inscriptions dans un registre public. Sans doute, le Code déclare expressément (art. 1560) que cette inscription ne doit avoir lieu « que

1. Nous ne trouvons pas dans le B. G. B. l'hypothèque légale des aliénés interdits et des mineurs. Le juge des tutelles pourra cependant faire inscrire une hypothèque au cas de justes craintes. V. art. 53 de la loi de la juridiction volontaire. Quant à l'hypothèque légale de l'état, des provinces, des communes et des établissements publics, v. art. 9, IV de la loi d'Introduction qui réserve la matière à la législation des Etats confédérés.

2. L'art. 1391 déclare que « si la conduite du mari donne lieu d'appréhender que les droits de la femme soient lésés d'une manière qui compromet gravement le bien d'apport, la femme peut exiger du mari prestation d'une sûreté. Il en est de même si les actions en reprise de la valeur des choses consommables, résultant pour la femme de l'administration et jouissance du mari, sont gravement compromises ». V. aussi art. 1392-1393.

sur réquisition et dans la mesure seulement où elle est requise » ; mais toute clause modificatrice du régime légal ne pouvant être opposée aux tiers sans avoir été préalablement inscrite, cette publicité est, en réalité, amplement assurée. Les mentions portées sur le registre sont rendues publiques par voie de journaux (art. 1568) ; de plus, toute personne a le droit de consulter le registre et d'en demander copie (art. 1563).

Un tel système, faisant intervenir le tribunal dans la publicité des conventions matrimoniales, garantit efficacement les tiers, tout en ne portant pas atteinte aux secrets de famille.

b) Cette intervention d'un organe public pour la protection des intérêts des tiers apparaît aussi lors du *Certificat d'héritier* (livre V, section VIII). Le Code présente une lacune en cette matière, en ce qu'il rend le certificat d'héritier facultatif et non pas obligatoire ; s'il en était autrement, on mettrait fin aux nombreux conflits qui peuvent naître de l'existence d'un héritier apparent. Cela dit, il importe de constater la supériorité du régime organisé par le Code civil allemand.

Le certificat d'héritier est délivré à la demande de l'héritier (art. 2353) par le tribunal de la succession ; son importance est grande, puisque « celui qui y est désigné... comme héritier est présumé posséder tous les droits mentionnés dans le dit certificat » (art. 2363) ; il peut donc vendre les objets de la succession (art. 2366), recevoir en paiement des sommes qui lui sont dues (art. 2368) ; dans les deux cas, les tiers qui contracteront avec lui sont couverts par la présomption.

Aussi conçoit-on que le Code impose certaines conditions assez sévères à cette délivrance ; cela afin d'assurer sa véracité. Ces conditions se réfèrent à la preuve qui doit être faite préalablement (art. 2355, 2356) ; celle-ci peut être fournie, soit par les parties, soit même d'office par le tribunal. Il faut aussi qu'il n'y ait pas de contestation au moment de la demande, sans quoi « le certificat n'est pas délivré » (art. 2160). On espère écarter ainsi les

causes d'erreur qui pourraient être nombreuses en cette matière. Enfin, le Code prévoit le cas où, nonobstant ces conditions, le certificat est inexact : le tribunal peut alors se le faire remettre, ou « l'infirmier par une sentence » (art. 2361) ; dans ce dernier cas, « la sentence d'infirmité doit être portée à la connaissance du public, conformément aux prescriptions du Code de procédure civile sur la signification publique d'une convention » (art. 2261, § 2) ; « elle n'entre en vigueur qu'à l'expiration du mois qui suit la dernière inscription de la sentence dans les feuilles publiques » (art. 2281, § 2).

Quant aux personnes qui peuvent demander la délivrance de ce certificat, elles sont nombreuses : ce sont d'abord tous les héritiers testamentaires ou légaux (art. 2353) ; ce sont ensuite les exécuteurs testamentaires, qui peuvent demander la délivrance d'un certificat au tribunal, en indiquant leurs pouvoirs (art. 2368).

Telle est la nouvelle institution que le Code allemand régit sous le titre de certificat d'héritier ; grâce aux nombreuses conditions imposées quant à sa délivrance, « il a une utilité pratique évidente ; ... il atteste d'une façon officielle la qualité et, par suite, les pouvoirs d'une personne, sans qu'il soit nécessaire de procéder à chaque occasion ... à une enquête et à une épreuve spéciale¹ » ; il protège aussi l'intérêt du tiers, en ce qu'il crée une présomption d'héritier à leur bénéfice,

Le législateur allemand garantit la bonne foi des tiers ; la protection qui résulte du livre foncier (art. 892) et celle du certificat de succession (art. 2366) sont exclues, si l'acquéreur connaissait l'erreur du livre foncier ou du certificat de succession. La bonne foi est, en effet, la première condition préalable nécessaire à tout développement économique.

Il importe d'ajouter, pour être complet, qu'à l'idée de protection des tiers, le Code allemand sacrifie souvent le principe d'égalité qui doit régner entre héritiers ;

1. Code civil allemand, t. III, 1908, p. 8

alors que le Code civil français impose le rapport à la succession de toute donation faite sans dispense (art. 843 et 869 du C. C. F.), le législateur allemand admet une règle contraire. Bien plus, il déclare que le rapport ne se fera jamais en nature, même pour les donations portant sur les immeubles ; l'héritier n'a droit qu'à une indemnité : loin de lui accorder une action réelle contre les tiers, il ne lui confère qu'une action personnelle contre le donataire (art. 2055 du B. G. B.).

On conçoit facilement la supériorité d'un tel système de protection.

Il en est de même de celui que consacre le Code dans son livre II, section II, titre 2, 3^e partie : *Limitation de la responsabilité de l'héritier* (art. 1975-1992) ; il confère aux créanciers de la succession la faculté de la faire déclarer en état de faillite (art. 1975) ou d'instituer un administrateur judiciaire (art. 1976) ; on assure ainsi en pratique l'égalité entre les créanciers de la succession. Cette procédure collective doit remplacer dans le Code civil d'avenir le caractère individuel de la séparation *bonorum* française.

Nous tenons à relever encore le système de protection existant en matière de révocation de donation, le nombre réduit de ces causes de révocation¹, ensuite et surtout le caractère tout personnel de l'action accordée au donateur ou à ses héritiers (art. 530, § 2). Le Code déclare, en effet, que « lorsque la donation est révoquée, la restitution du don peut être poursuivie, conformément aux dispositions concernant la restitution en cas d'enrichissement sans cause ».

Si nous essayons de dégager maintenant quelques idées communes de nos développements antérieurs, nous dirons que la protection des tiers est très efficacement assurée par le législateur allemand ; par des mesures de publicité et par la non-opposabilité des actes de révocation, il arrive à donner complète sécurité aux

1. Le B. G. B. n'admet la révocation que pour le cas d'« ingratitude grossière », art. 530.

transactions ; cela constitue sans doute un très grand progrès au point de vue économique. Ce progrès résulte aussi de l'égalité entre créanciers, assurée par le B. G. B. dans son livre II.

109. L'importance du facteur économique s'affirme encore dans un grand nombre d'institutions nouvelles : nous voulons parler de la demeure du créancier (art. 293) et le contrat de courtage.

a) Quant à la *demeure du créancier*, le Code civil allemand rompt avec l'ancien système qui imposait au débiteur un surplus d'obligation, dans le cas où le créancier refusait d'accepter le paiement¹. Le créancier ne peut désormais plus aggraver la situation de son débiteur. Aussi la « consignation » apparaît-elle comme une mesure extrême ; les offres seules suffisent pour délivrer le débiteur² et porter les risques sur la personne du créancier ; le débiteur n'a, en effet, pendant la demeure du créancier, à répondre que de son fait intentionnel et de sa négligence grave (art. 300). De plus, le créancier peut être condamné à des dommages-intérêts en cas de résistance injustifiée (art. 304).

Une telle réglementation nous paraît tout à fait équitable : elle facilite pour beaucoup la libération du débiteur et ne peut être que favorable au point de vue économique.

b) Le Code civil allemand réglemente un nouveau contrat : *le contrat de courtage* ; il y applique, quant au paiement du prix, les principes consacrés en matière de mandat³.

Cette étude superficielle nous a permis de dégager l'importance du facteur économique dans le Code civil allemand. On y trouve consacrées la plupart des inno-

1. V. quant à l'ancien système, 1257-1264, C. C. F.

2. De plus, si l'art. 293 demande encore une prestation « sous forme réelle », l'art. 295 déclare suffisante « une offre verbale de la part du débiteur », « lorsque le créancier lui a déclaré qu'il n'accepterait pas la prestation ou que pour l'effectuer un fait est nécessaire de la part du créancier ».

3. V. art. 655.

4. Saleilles, *Introduction à l'étude du Droit civil allemand*, 1904, p. 118.

vations modernes ; sans doute le contrat d'assurance et la propriété littéraire sont encore absentes de ce Code ; d'autres institutions recevront dans les Codes qui suivront des contours plus précis ; mais un grand nombre d'institutions nouvelles s'affirment déjà avec force : il en est ainsi pour le « contrat de services » qui porte sur les services de toute nature ». Le développement des rapports a fait apparaître l'importance des titres de crédit et a nécessité d'assurer leur facile circulation. De plus, le Code consacre le principe de l'autonomie de la volonté ; mais en même temps il lui impose des responsabilités et des mesures de protection dans l'intérêt des tiers. Nous passons maintenant au Code civil suisse.

C. — *Code civil suisse.*

110. L'étude du facteur économique dans le Code civil suisse présente un double intérêt : a) La Suisse est un petit pays dont le territoire est sillonné par un nombre d'influences économiques contraires ; on y assiste à un développement égal de l'industrie et de l'agriculture¹ : il est normal que cet état social ait ses répercussions dans le droit et donne naissance à un grand nombre d'institutions ; b) la rédaction du nouveau Code suivait de près les dernières transformations économiques ; le législateur suisse avait donc pris conscience de droit civil. Il suffit de parcourir l'« Exposé de motifs de l'avant-projet du département fédéral de justice et de police », pour nous en rendre pleinement compte ; nous y trouvons affirmée la nécessité de protéger les parties et les tiers², de créer « de nouvelles formes de sociétés³ », de multiplier les diverses formes de crédit⁴.

1. Kohler, *op. cit.*, *Rheinische Zeitschrift*, 1913, p. 42.

2. P. 21-22. V. aussi p. 23 où l'auteur déclare que « la forme est la mère de la liberté ».

3. P. 4.

4. P. 4.

Ces principes une fois posés, nous nous proposons de dire dans cette section quelle en a été l'application dans le Code.

111. Quant à la liberté, elle s'affirme en matière de conventions, de personnes juridiques, de propriété :

a) La loi ne pose des règles que pour suppléer à la volonté des parties ; il en est ainsi notamment pour les conventions matrimoniales où pleine liberté leur est accordée. Elles peuvent se constituer tel régime qu'il leur plaira ; on permettait ainsi l'affirmation des divers besoins économiques des populations ; aussi, cette liberté était-elle traditionnelle et répondait-elle aux vœux du pays¹.

S'opposant en cela au Code civil français, le législateur suisse autorise la modification des conventions matrimoniales durant le mariage² ; un tel régime de grande liberté pouvait préjudicier aux parties et aux tiers : a') Aux parties en ce que les modifications accomplies pouvaient être irréfléchies et motivées par l'influence d'un des époux sur l'autre ; aussi, pour assurer leur indépendance réelle, la loi impose-t-elle l'emploi d'une forme authentique ; a'') quant aux tiers, ils sont protégés, parce que la clause ne leur est opposable si elle n'est inscrite dans un registre public³. Ces conditions de forme, loin de détruire la liberté des parties, ne font que la renforcer.

1. Cela est vrai pour la Suisse occidentale et pour Bâle; il en était tout autrement pour la Suisse orientale et pour la Suisse centrale...; c'est ce que constatait le Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant le Code civil suisse (28 mai 1904). Il ajoutait, en parlant de cette liberté : « nous n'avons pas hésité à la proclamer dans le futur Code civil fédéral... Grâce à la diversité croissante des formes et des conditions de la vie économique, on en viendra de plus en plus à considérer comme un bienfait la possibilité de régler conventionnellement les intérêts pécuniaires des conjoints » (p. 7). V. aussi Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale pour modifier la Constitution. Unification du droit civil, 1896, p. 26-27, qui indique toute l'importance au point de vue économique, de la liberté consacrée dans un Code. Le message indique que cette liberté n'existait pas auparavant, v. p. 26-29.

2. Cette conception était d'ailleurs conforme à la tradition suisse. Huber, Exposé de motifs, t. I, p. 103-104.

3. De plus, le Code autorise le juge à intervenir à la demande d'un tiers indivis et faire cesser l'indivision pour cause de justes motifs. V. art. 343 al. 5.

b) Il en est de même des mesures de publicité imposées par la loi pour la constitution des personnes juridiques.

Nous tenons à rappeler seulement que la publicité dans un registre spécial n'est pas une condition nécessaire à la constitution d'une société ; cette inscription est plutôt destinée à servir de moyen de preuve en cas de contestation ¹.

c) Cette liberté peut s'affirmer : c') Quant aux nombreuses formes de la propriété ; c'') par rapport à sa facile circulation.

Le nouveau Code place à côté de la propriété individuelle, la propriété plurale ; nous voulons parler de la copropriété (art. 646) et de la propriété commune (art. 652).

La copropriété suppose une chose « matériellement non divisible, appartenant pour quote-part à plusieurs propriétaires ; dans la propriété commune, c'est « la loi ou le contrat » qui établit la propriété entre communis-tes, de façon à ce que « le droit de chacun s'étende à la chose entière » (art. 652).

Cette pluralité de formes s'explique par le désir du Code de laisser subsister, en matière de régime foncier, les institutions traditionnelles locales ; elle assure par là une grande liberté aux besoins économiques des populations. C'est en partant des mêmes considérations que le Code réglemente l'indivision entre enfants venant à la succession.

La loi déclare en effet que « les biens-fonds ne peuvent être morcelés au delà d'un certain minimum de contenance », dès que l'un des copartageants le réclame ; ils forment alors une indivision en participation (art. 616).

Cette institution présente un grand intérêt économique ; elle est « de nature à parer au morcellement illimité de la propriété et à son obération, surtout dans les milieux agricoles ² ». Les héritiers ne sont pas obligés

1. Huber, *op. cit.*, t. I, p. 209.

2. Huber, *op. cit.*, t. II, p. 10.

à rester en indivision, ils ont un droit d'option ; ils peuvent demander que leurs droits leur soient payés au moyen d'une lettre successorale, payable après dix ans. Cette institution fréquente en Suisse ne donnait pas lieu à de nombreux conflits¹.

C'est ce même intérêt économique qui a fait consacrer par le Code civil suisse « la réunion parcellaire des fonds ruraux² ». Le législateur suisse essaie par tous les moyens d'en faciliter l'application : il permet au débiteur « de racheter le droit de gage grevant les immeubles parcellés » (art. 803) ; il déclare même que, lorsque ces réunions « sont opérées avec le concours et sous la surveillance d'autorités publiques, les gages grevant les immeubles cédés passent, en conservant leur rang, sur les immeubles reçus en échange » (art. 802).

On facilite par là la réunion des différentes parcelles, tout en conservant le droit des créanciers gagistes ; la loi demande, en ce dernier cas, l'intervention des autorités, afin de protéger l'intérêt des tiers. Cette condition accomplie, la libre circulation des biens doit être assurée.

Le Code suisse prévoit enfin le cas où « les améliorations du sol ne peuvent être réalisées que par une communauté de propriétaires, et où les ouvrages nécessaires à cet effet sont décidés par les deux tiers des intéressés » ; « les autres », déclare la loi (art. 703), « sont tenus d'adhérer à cette décision ». Il y a là une véritable restriction apportée à la liberté individuelle dans l'intérêt social.

Lorsque cet intérêt est absent, pleine liberté est accordée aux parties.

Il en est de même en matière de propriété. Le Code civil suisse connaît et réglemente un grand nombre d'états de cette institution ; il en soumet la circulation à des conditions rigoureuses de forme, appelées à protéger l'intérêt des parties et celui des tiers.

1. Huber, *op. cit.*, t. I, p. 209.

2. V. Huber, *op. cit.*, t. II, p. 41.

Ces conditions, loin d'en retarder le transfert, ne font que le rendre plus facile et consolident en même temps les droits du propriétaire.

Cette même liberté se rencontre encore en matière de crédit et de biens de famille :

a) *Formes de crédit.* — Le Code civil suisse connaît un grand nombre de formes différentes de crédit ; cela s'explique par le développement également grand de l'agriculture et de l'industrie ; ce développement nécessitait des institutions juridiques appropriées : aussi trouvons-nous dans le Code civil suisse l'hypothèque, la lettre de rente, le gage, le droit de rétention, la cédule hypothécaire, etc..

Quelles que soient la multiplicité et la variété de ses formes, elles ont toutes un point commun, en ce que le législateur suisse les soumet à l'inscription dans le registre foncier. On concilie ainsi la large liberté accordée aux parties et l'intérêt des tiers.

b) *Biens de famille* (Livre II, titre IX, chap. 3). — Le Code permet aux parties de constituer des fondations (art. 335) et des asiles (art. 349) de famille ou de rester dans l'indivision.

Tenant compte, dans ce dernier cas, de l'intérêt économique que présente une bonne administration, le législateur suisse autorise les indivis à désigner un chef de l'indivision (art. 341, § 1) ; celui-ci la représente alors dans tous les actes qui la concernent et dirige l'exploitation (art. 341, § 2).

La liberté des parties, telle que la consacre le Code civil suisse, est des plus complètes ; elle se manifeste, ainsi que nous l'avons dit, en matière de convention, d'association, de propriété, de crédit et de biens de famille.

112. Cette liberté accordée d'une façon trop absolue risquerait de porter atteinte à l'intérêt même des parties et à celui des tiers. Pour sauvegarder l'indépendance des

parties, le législateur exige l'observation de certaines formes dont nous avons déjà parlé. Nous tenons à insister sur les mesures de protection imposées dans l'intérêt des tiers.

Nous examinerons cette question en ce qui concerne les biens de famille, la propriété, les droits réels et les conventions matrimoniales ; nous parlerons ensuite des mesures destinées à assurer l'égalité entre les créanciers.

1. a) *Biens de famille.* — La supériorité du but poursuivi (v. art. 351), l'intérêt économique de la famille (art. 350), exigent qu'une entière liberté soit accordée aux parties en cette matière.

L'inaliénabilité qui résulte de cette constitution peut présenter un véritable danger pour le tiers ; de là, la nécessité de leur faire connaître l'état d'indivision à venir. La constitution elle-même peut léser les droits des créanciers antérieurs à l'acte.

Tenant compte de ces différents intérêts, le Code organise un ensemble de mesures destinées à faire connaître l'acte à intervenir et à provoquer les oppositions qui pourraient se produire. Il limite en même temps l'étendue de l'objet de la Constitution.

a' Mesures de publicité. — Cet ensemble de mesures spéciales existe surtout en matière « d'asiles de famille ». Cela se comprend facilement : il y a, dans ce cas, une véritable inaliénabilité créée par le propriétaire pour le durant de sa vie et même après sa mort ¹.

Nonobstant cette inaliénabilité, l'asile n'acquiert pas un état propre et complètement distinct de la personne du constituant ; en effet, « le propriétaire lui-même et sa famille sont tenus d'exploiter l'immeuble ou l'industrie à laquelle l'immeuble est destiné, ou de demeurer dans la maison d'habitation, sauf les exceptions que l'autorité compétente peut permettre temporairement et

1. Art. 357, al. 1, qui prévoit que « l'asile de famille ne peut subsister après le décès du propriétaire que si le transfert aux héritiers en a été prescrit par une disposition pour cause de mort ».

pour de justes motifs (art. 300, § 3). Cette situation pourrait facilement tromper les tiers ; aussi est-il nécessaire de la leur faire connaître.

Cela l'est d'autant plus que cette constitution, une fois établie, ne peut plus être révoquée que par le propriétaire lui-même ; celui-ci, d'ailleurs, ne pourrait grever l'immeuble de nouvelles charges (art. 354, § 1), ni l'aliéner ou le donner à bail (art. 354, § 1) ; bien plus, l'insolvabilité du constituant n'entraînerait pas la nullité de l'acte.

La loi organise pour ce cas des mesures de protection par rapport aux créanciers ; la personne du propriétaire est remplacée par celle d'un gérant qui, tout en maintenant l'individualité de l'asile, l'administre conformément aux intérêts de ces derniers (art. 356, § 1).

Tels étaient les motifs qui imposaient l'organisation de mesures de publicité spéciales. Celles-ci sont de deux sortes : la loi prévoit une sommation faite publiquement et d'office, afin de provoquer les oppositions ; elle s'adresse aux créanciers et à tous ceux qui se prétendraient lésés par la constitution de l'asile (art. 359, § 1), (v. aussi art. 351, § 2). Cette procédure présente le grand avantage de prévenir les créanciers et les tiers intéressés ; il suffit d'une opposition de leur part pour que l'asile de famille ne puisse être constitué (art. 352, § 2).

Toutefois, tenant compte de l'intérêt que cette institution est appelée à servir, le Code permet aux débiteurs « de rembourser l'opposant, sans être tenu d'observer les délais de dénonciation » (art. 352, § 3).

Cette opposition ne suffirait pas à elle seule : elle a pour but de prévenir les créanciers antérieurs à l'acte. Pour les créanciers postérieurs, il est nécessaire d'organiser des mesures de publicité destinées à leur faire connaître l'existence de l'asile de famille ; aussi la loi demande-t-elle « l'inscription au registre foncier » de l'acte, « suivie d'une publication officielle ».

La constitution de l'asile peut être révoquée par le propriétaire ; cette révocation peut préjudicier à ceux

en faveur de qui a eu lieu la constitution. Aussi le Code demande-t-il d'adresser une requête à l'autorité compétente ; cette requête est publiée et, « faute d'*opposition justifiée*, la radiation est autorisée » (art. 358, § 3).

a") *Limitation de l'objet.* — La constitution d'un asile de famille entraîne l'inaliénabilité des immeubles ; cette inaliénabilité prolongée pourrait présenter des désavantages économiques, si elle s'appliquait à un grand nombre de valeurs. Le commerce exige la liberté des transactions. Aussi fallait-il limiter l'étendue de l'objet de la constitution. C'est ce que fit le Code civil suisse dans son article 350, al. 1 et 2.

Cette limitation se réfère à « la nature de l'immeuble » : seuls « les biens-fonds à destination agricole ou industrielle et les maisons d'habitations peuvent être constitués en asile de famille », car seuls ils peuvent servir l'intérêt poursuivi. Le Code déclare même, dans son deuxième chapitre : « L'immeuble ne sera pas plus grand que ne l'exige l'entretien ou le logement d'une famille, » marquant ainsi, d'une façon précise, l'intention du législateur.

En résumé, la protection des tiers en matière des biens de famille est amplement assurée. Il en est de même en matière d'indivision où la nomination d'un chef d'indivision n'est opposable aux tiers de bonne foi « que si le représentant unique a été inscrit au registre de commerce » (art. 341, § 3).

b) *Propriété.* — Le Code civil suisse abandonne l'ancienne règle du législateur de 1804 ; il exige « que les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété soient reçus dans la forme authentique » (art. 657) ; l'inscription au registre foncier est, de plus, nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière (art. 656).

Le législateur suisse consacre une disposition très intéressante en cette matière : il déclare que « celui qui acquiert un immeuble par succession en devient immédiatement propriétaire » ; mais il ajoute : « Il n'en peut

disposer par registre foncier qu'après en avoir effectué l'inscription. » Il soumet ainsi à l'inscription les acquisitions par succession ; un tel système est de beaucoup supérieur à celui du Code civil français. Il garantit les tiers venant à traiter avec le nouvel acquéreur.

c) Cette même protection est assurée par le Code pour tous les autres *droits réels*. Ceux-ci « naissent, prennent leur rang et reçoivent leur date par l'inscription dans le grand livre » (art. 972, al. 1). Il permet ainsi le développement du crédit hypothécaire et facilite les transactions immobilières ; « celui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels, en se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier, est maintenu dans son acquisition » (art. 973).

Le Code civil suisse consacre un titre¹ au registre foncier ; il y voit un mode d'acquisition de la propriété. Ce registre donne l'état des droits grevant un immeuble (art. 942, § 1). Dans ce but, tout immeuble doit être immatriculé au registre foncier du canton dans lequel il est situé (art. 958, § 3) ; il reçoit un feuillet et un numéro distincts dans le grand livre (art. 945, § 2) ; ce feuillet doit contenir l'état complet des droits réels et personnels grevant l'immeuble². Ce sont d'abord la propriété et les droits réels qui peuvent la grever : les servitudes et charges foncières, le droit de gage (art. 946, § 2 et 3) ; ce sont ensuite les droits personnels dont la loi exige expressément l'inscription ; enfin, ce sont les nombreuses restrictions apportées à l'exercice des droits et résultant de la saisie, de la faillite, du concordat et de tous les actes juridiques dont la loi autorise l'annotation³.

L'inscription de toutes ces restrictions et causes de constitution assure une ample publicité ; ce système est de beaucoup supérieur au système français, qui prévoit des registres différents pour la transcription et l'inscrip-

1. L. IV, t. XXV, p. 942 et s.

2. Art. 946, art. 958-959.

3. V. quant aux restrictions du droit d'aliéner, art. 960, al. 1, 2, 3.

tion et qui organise la publicité par nom de personnes et non pas par immeuble grevé.

Si nous ajoutons que ces registres publics sont tenus par des fonctionnaires, que les cantons sont directement responsables de leur bonne tenue (art. 955, § 1), on comprendra facilement combien grande est la protection qu'ils assurent aux tiers.

d) Registre du régime des biens. — Le Code civil suisse consacre tout un chapitre à ce nouveau registre (chapitre 5, l. II, t. 6) ; il prévoit à cette occasion que « les contrats de mariage, les décisions judiciaires concernant le régime matrimonial, les actes juridiques intervenus entre les époux au sujet des apports de la femme ou des biens communs, ne produisent d'effets à l'égard des tiers qu'après leur inscription au registre des régimes matrimoniaux et leur publication » (art. 238).

Un tel système, appliqué conformément à la lettre de ces dispositions, pourrait présenter de grands dangers, en ce qu'il permettrait l'immixtion des étrangers dans les affaires du ménage.

Aussi le Code limite l'objet de cette inscription ; « la publication du contrat de mariage, déclare-t-il, mentionne simplement le régime matrimonial adopté par les époux » (art. 251, § 3) ; seules les clauses que les époux entendent rendre opposables aux tiers sont inscrites au livre public (art. 249) ; ce système de publicité concilie l'intérêt des tiers et celui des époux¹.

Quant aux effets qu'il produit, il faut distinguer suivant les cas ; la non-inscription des conventions matrimoniales maintient leur validité entre les parties ; la seule conséquence qui en résulte est leur non-opposabilité aux tiers. Il en est tout autrement des effets du registre foncier. La non-inscription de l'acte entraîne la nullité, tant à l'égard des parties qu'à celle des tiers.

2. Cela dit, nous passons à un autre mode de protéger

1. Aussi est-il traditionnel en Suisse. V. Huber, *op. cit.*, t. I, p. 104.

les tiers ; il résulte des mesures prises par le Code civil suisse pour assurer l'égalité entre créanciers.

Nous avons vu déjà, dans le cas d'insolvabilité intervenant en matière d'asiles de famille, que le Code organisait des mesures destinées à assurer l'égalité des créanciers (art. 356, § 2) ; qu'il prévoyait, dans le chapitre se référant « au registre foncier », l'inscription des restrictions à l'aliénation provenant de la faillite et de l'avis de concordat. Cette tendance de protéger les créanciers apparaît surtout en matière de successions.

S'opposant en cela au Code civil français, qui admet la division des dettes entre les différents successeurs¹, le Code civil suisse déclare expressément : « Les héritiers sont tenus solidairement, même après le partage, et sur tous leurs biens, des dettes de la succession (art. 639). »

On observe de suite la supériorité de ce régime de protection sur celui du Code civil français : il ne permet pas que les créanciers supportent l'insolvabilité de l'héritier et écarte ainsi un système aboutissant aux pires difficultés².

Cet état de solidarité ne pourrait se prolonger pendant longtemps, sans préjudicier aux intérêts économiques des tiers ; aussi faut-il obliger les créanciers à poursuivre au plus vite le recouvrement des obligations successorales ; l'insolvabilité qui proviendrait par la suite, aggraverait injustement la situation de l'héritier.

Aussi le Code déclare que l'action des créanciers se prescrit par cinq ans. Il concilie ainsi les intérêts des créanciers avec celui des héritiers et de la vie économique en général : celle-ci demande que les dettes soient payées le plus tôt possible.

Cette même protection apparaît encore dans deux institutions successorales que nous nous proposons d'examiner maintenant : a) L'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire ; b) la liquidation officielle.

1. Art. 1220.

2. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, p. 593.

a) *Acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire* (chap. 3, livre III, t. 16). — Le Code civil suisse organise des mesures de garantie beaucoup plus efficaces qu'en droit français : il exige que l'inventaire soit dressé par l'autorité compétente (art. 581) ; on assure par là le maximum de certitude à l'acte.

Cet inventaire doit être complété par des « sommations publiques, nécessaires pour inviter les créanciers et les débiteurs du défunt ... à produire leurs créances et à déclarer leurs dettes dans un délai déterminé » (art. 582). Les créanciers qui se présentent après l'expiration de ce délai n'ont plus d'action contre l'héritier que dans la mesure de son enrichissement (art. 590).

Si l'on ajoute que, durant l'inventaire, les dettes de la succession ne peuvent faire l'objet d'aucune poursuite (art. 586), on comprendra la valeur protectrice de ces mesures.

L'inventaire rédigé, l'héritier a un mois pour prendre partie (art. 587) ; il peut, dans ce délai, accepter la succession sous bénéfice d'inventaire, purement et simplement et même la répudier. Il peut aussi demander la liquidation officielle ; dans le cas où il accepte sous bénéfice d'inventaire, « la succession passe à l'héritier avec les dettes constatées dans l'inventaire » ; l'héritier répond désormais, tant sur les biens de la succession que sur ses biens propres, de toutes les dettes qui y sont portées (art. 589) ; cela n'est que juste, puisque, à la suite de l'inventaire, l'héritier savait à quoi il s'engageait.

Ce système de publicité est de beaucoup supérieur au système similaire français, il assure la sécurité de l'héritier et lui permet de ne s'engager qu'à bon escient ; il protège les créanciers inscrits, en assurant l'égalité entre eux dès le moment de l'inventaire.

b) La loi organise aussi une procédure pour les cas extrêmes : c'est la *liquidation officielle*. Dans ce dernier cas, les héritiers ne répondent pas des dettes de la succession (art. 583, § 3). Quant aux mesures de publicité destinées à avertir les tiers, elles se composent toujours

d'un inventaire et d'une sommation publique (art. 585, § 2).

La liquidation qui suit est faite par l'autorité compétente qui peut aussi charger de ce soin un ou plusieurs administrateurs (art. 585, § 1). Même dans ce dernier cas « l'administrateur est placé sous le contrôle de l'autorité et les héritiers peuvent recourir à celle-ci contre les mesures projetées ou prises par lui » (art. 595, § 3). La liquidation peut se faire soit suivant les modes ordinaires (art. 596), soit, pour le cas d'insolvabilité de la succession, selon les règles de la faillite (art. 597).

L'application des règles de la faillite dans la liquidation de succession insolvable assure aux créanciers le maximum de garanties ; elle redonne à la séparation *bonorum* son caractère traditionnel romain, en en faisant une mesure collective de liquidation des biens successoraux ; elle est de beaucoup supérieure à l'institution correspondante française qui présente un caractère essentiellement individuel ¹.

113. Les meubles et les nouvelles formes de crédit. — C'est dans cette matière surtout qu'apparaît l'originalité du Code civil suisse ; s'opposant ici encore au Code civil français, qui limitait d'une façon excessive la valeur des meubles, le nouveau Code règle en de nombreux articles, à la suite « de la propriété foncière » (t. XIX, l. IV, chap. I, art. 655-712), « la propriété mobilière » (t. XX, art. 713-729) ; il élargit pour beaucoup cette notion en déclarant que toutes les forces de la nature soumises à la domination humaine font objet de propriété ; l'ensemble de ces forces naturelles, il les classe toutes dans la catégorie des meubles.

On comprend dès lors l'importance qu'acquiert cette nouvelle notion puisqu'elle comprend « non seulement l'électricité mais la force de l'air comprimé ². »

1. V. quant aux désavantages du système français, Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, p. 618 et s.
2. J. Kohler, *op. cit.*, *Rheinische Zeitschrift*, 1913, p. 26.

On perçoit aussi la valeur économique d'un code qui protège l'ensemble des forces naturelles : il appartient en effet au droit d'étendre son domaine d'application à tous les rapports juridiques nouveaux¹. En indiquant comme condition nécessaire à l'acquisition de la propriété sur ces forces, leur susceptibilité d'appropriation, le législateur a écarté l'imprécision qui existait dans le terme² ; en consacrant cette nouvelle notion, il a subi l'influence de l'économie politique qui considère comme chose tout ce qui peut nous procurer un avantage économique ou autre. Or, dans la matière de l'électricité, c'est la force seule qui se révèle à nous et qui constitue un bien ; on perçoit à nouveau l'importance du facteur économique pour le Code. Cette importance se révèle aussi en matière de formes de crédit.

Sous l'influence des besoins économiques divers, le législateur suisse offre aux parties un grand nombre de formes de crédit différentes.

a) *L'hypothèque* qui garantit toute créance actuelle, future ou simplement éventuelle (art. 824). Cette forme de crédit a avant tout une fonction de garantie ; aussi, s'opposant en cela au Code civil allemand, le législateur suisse n'admet pas l'emploi de la cédule dans ce cas. Sans doute il déclare « que le bureau du registre foncier peut délivrer un extrait au créancier qui en fera la demande » ; mais il ajoute, afin d'éviter toute confusion : « Cet extrait est exclusivement destiné à faire preuve de l'inscription et n'est pas un papier valeur (art. 825, § 2). »

b) Il en est tout autrement de la *lettre de rente* où toute obligation purement personnelle du débiteur est exclue et qui n'exprime même pas la cause de la créance (art. 847, § 3) ; cette lettre est tout aussi facilement transmissible que n'importe quel autre titre de même nature.

1. C'est ce que croyait aussi Ambroise Colin, lors qu'il disait qu'« ...un Code doit contenir toutes les théories générales du droit privé : il n'est pas, un progrès, une conquête réalisée dans ce domaine qu'il ne doive accueillir et adopter » (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1905 p. 85).

2. Huber, *op. cit.* t. II, p. 91.

Ce qui domine dans cette nouvelle forme, c'est l'idée de la mobilisation de la valeur du sol, de sa facile circulation. Elle ne constitue cependant point un moyen de crédit excellent, puisque en principe¹ « le créancier ne peut exiger le remboursement de la créance » (art. 850, § 2).

c) Aussi le législateur suisse crée-t-il une troisième forme de crédit, la *cédule hypothécaire* ; celle-ci est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842). « C'est une forme de gage dans laquelle on cherche à combiner les propriétés de l'hypothèque du droit commun² et celles de la lettre de rente³ » ; elle est constituée par un titre nominatif ou au porteur.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire sur les titres de crédit foncier existant dans le Code civil suisse ; nous y trouvons concilié le double besoin apparaissant dans tout crédit : la sûreté et la mobilisation. Ici encore, le Code civil suisse consacre les dernières innovations économiques ; la multiplicité de ces titres s'explique par la volonté du législateur de tenir compte des traditions diverses des cantons ; on facilitait par là l'application du nouveau Code.

Il importe de noter les nombreuses dispositions consacrées par le Code en matière de droit de rétention ; alors que le Code civil français ne contient que des applications de ce droit⁴, le législateur suisse l'étudie d'une façon générale (art. 886-898). On demande en principe, pour que ce droit puisse être invoqué, l'existence d'une créance exigible et un rapport naturel de connexité entre elle et l'objet retenu (art. 895, § 1) ; tenant cependant compte de l'intérêt économique et des raisons d'équité qui militent en faveur de cette réforme, le législateur suisse déclare expressément : « Le droit de rétention peut être exercé même si la créance n'est pas échue » (art. 897).

1. *Ibid.*

2. Sûreté.

3. Huber, *op. cit.*, t. II, p. 158.

4. Art. 555, 570, 867, 1612, 1673, 1681, 1749, 1885, 1949, 2082, 2087.

Nous tenons à relever encore l'importance toute nouvelle accordée « au gage des créances et autres droits » (livre IV, t. XXIII, chap. II) ; le législateur suisse distingue à cette occasion : a) Le gage des créances ordinaires (art. 900) ; b) des papiers valeurs (art. 901, § 3) ; c) des titres représentant des marchandises et avances (art. 902) ; enfin d) l'engagement subséquent de la créance (art. 903).

Il facilite la mise en gage des créances en n'imposant à cette constitution d'autres formes que celles qui résultent de la nature du titre ; il déclare en effet que « L'engagement des titres au porteur s'opère par leur seule remise au créancier gagiste » (art. 901, § 1). Pour les autres, il faut que la remise du titre « soit suivie d'un endossement et d'une cession » (art. 901, § 2).

Si on y ajoute les dispositions se référant aux « lettres de gages »¹, aux gages agricoles², on comprendra facilement l'importance qu'a pris dans le nouveau Code le développement des institutions modernes de crédit³.

Protection en matière de titres de crédit. — Cette protection est la conséquence de la large liberté accordée aux parties en cette matière ; le propriétaire de l'immeuble peut le grever d'un grand nombre de cédules hypothécaires ou de lettres de rente. De là un véritable danger pouvant résulter pour les tiers en cas de surestimation ; ce danger apparaît surtout en matière de lettres de rente où le titre n'indique pas la cause de la créance.

Estimation de l'immeuble. — La nécessité de cette formalité apparaît dans toute législation admettant la mobilisation du sol ; il est en effet à craindre que le propriétaire ne surévalue la valeur de son immeuble ; un tel système aurait pour conséquence immédiate de léser les créanciers porteurs de ces titres. Il aurait pour résultat plus éloigné, mais en tout cas certain, de détruire tout crédit immobilier.

1. 916-918.

2. Engagement du bétail, art. 885.

3. Huber, *op. cit.*, t. II, p. 154.

C'est pourquoi le législateur devait intervenir et fixer les règles à suivre dans cette estimation; cela paraissait d'autant plus utile en matière de lettres de rente où de créance personnelle est tout à fait absente (art. 847), et où le créancier ne peut poursuivre le paiement de la créance et doit se contenter du paiement d'une somme annuelle; il fallait que cette somme ne fût pas trop grande afin de ne pas obérer l'immeuble.

C'est ce qu'a compris le législateur suisse: alors que pour la cédula hypothécaire il se contente d'abandonner aux cantons le droit de légiférer en cette matière, et de déclarer cette estimation facultative pour les intéressés (art. 849), il fixe expressément en cas de lettre de rente une charge maxima pouvant grever l'immeuble; il rend même les cantons responsables « si l'estimation n'est pas faite avec tout le soin voulu » (art. 849). On assure ainsi le maximum de sécurité à ces titres de crédit.

Dans ce même but le Code impose certaines mesures restrictives au droit de dénonciation du débiteur¹.

Il en est de même en cas « d'émission des titres fonciers »; ici encore le législateur doit intervenir pour contrôler l'émission et le tirage au sort. Cela est d'autant plus nécessaire que des établissements possédant de grands capitaux interviennent souvent en cette émission; aussi le Code suisse déclare, pour les lettres de rente, que « ces opérations seront officiellement contrôlées par les cantons » (art. 892).

Cette même protection des tiers de la part des pouvoirs publics se manifeste aussi en cas de « prêteurs sur gages »; le législateur soumet l'exercice de ce métier à une autorisation préalable (art. 907) qui peut être retirée en tout temps (art. 908).

114. On a souvent relevé le grand nombre de dispositions nouvelles consacrées par le Code civil suisse en

1. V. art. 850,

cette matière¹ ; certains ont même cru que c'est « la nécessité de remanier ce titre qui a déterminé à réviser le Code tout entier² ».

A la suite du développement des rapports contractuels entre patron et salarié, les anciennes dispositions paraissaient tout à fait insuffisantes; aussi, alors que le Code des obligations de 1881 ne contenait que dix articles sur ce contrat, le nouveau titre qui s'y réfère (t. X), en a quarante-quatre (319 à 363 C. O.) Si on ajoute le caractère général des dispositions du Code et le large pouvoir accordé aux juges en notre matière, on comprendra l'importance accordée par le législateur suisse à ces nouveaux rapports.

Les caractères originaux de ce contrat sont multiples : on y relève d'abord une compréhension beaucoup plus large des devoirs réciproques des parties. Le Code interdit à l'employeur de compenser le salaire et sa créance contre l'ouvrier, dans la mesure au moins où « ce salaire est absolument nécessaire à son entretien et à celui de sa famille ».

En même temps que cet intérêt, le Code protège un autre intérêt d'une importance beaucoup plus grande : l'intérêt économique de la nation demande de réprimer tout acte de sabotage qu'elle qu'en soit l'importance; en présence de cet intérêt supérieur, tout autre doit s'effacer. Aussi le Code déclare expressément que la compensation peut « être opposée à raison des indemnités dérivant d'un dommage causé intentionnellement » (art. 341, § 2).

Le législateur intervient au contrat pour protéger la partie la plus faible ; alors que le contrat de travail est conclu par simple accord de volontés (art. 320, § 1), le Code impose, pour rendre obligatoire le règlement de travail³, la rédaction d'un écrit et sa communication « avant tout engagement » (art. 321, C. O.) ; il en est de

1. V. Lucien Brune, *op. cit.*, p. 114.

2. R. Demogue, Code révisé des obligations par Rossel et Mentha, notes bibliographiques, *Revue trimestrielle du droit civil*, 1911, p. 759.

3. Le C. O. S. emploie le titre de « règlement d'atelier ».

même du contrat d'apprentissage « passé avec des mineurs ou des interdits » ; ce contrat aussi doit être passé par écrit et signé par les parties contractantes ¹.

Enfin, le Code prévoit la rédaction par « le Conseil fédéral et les autorités désignées par les cantons », de contrats types pour les diverses espèces de travail, de même que pour l'apprentissage ; le Code dispose aussi que cette rédaction ne se fera qu' « après avoir pris l'avis des associations professionnelles intéressées et des associations d'utilité publique » (art. 324).

Cette intervention de l'autorité publique dans les rapports contractuels constitue l'une des caractéristiques les plus intéressantes de la législation suisse ; ces contrats types s'appliquent à tous les membres d'une même profession habitant un certain canton. En ne permettant aux parties d'y déroger que par acte écrit, on assure plus d'indépendance dans leurs engagements.

Il importe aussi de noter, comme constituant une innovation du Code civil suisse, les dispositions se référant aux « contrats collectifs de travail » ; ces contrats sont passés par « des employeurs et des associations patronales... avec des ouvriers ou des associations ouvrières » (art. 322, fin §). Le développement de l'industrie a fait apparaître pour les parties contractantes la nécessité de se grouper en associations afin de mieux se défendre ; les rapports contractuels ne se concluent plus isolément, mais par les associations entre elles. Aussi a-t-on vu avec raison, dans de tels actes, de véritables « règlements publics », où toute idée contractuelle est absente. Tout en maintenant leur caractère de contrats, le législateur suisse ne permet pas aux parties d'y déroger ² ; le juge lui-même ne peut en écarter les dispositions. Le législateur déclare en effet expressément pour ces cas : « Les clauses du contrat de travail sont nulles et remplacées par celles du contrat collectif. »

Il importe de constater encore les larges pouvoirs

1. V. art. 325.

2. V. art. 323 C. O. S.

accordés aux juges en matière de contrat de travail et surtout en matière de résiliation ; le Code permet la résiliation du contrat pour « justes motifs ».

A côté de l'intérêt national et de l'ouvrier apparaît celui de l'employeur ; l'employé peut en effet « connaître la clientèle de celui-ci » ou « pénétrer dans le secret de ses affaires ». Aussi le Code permet-il aux parties de convenir que « l'employé ne pourra faire, en son propre nom, concurrence à l'employeur, ni travailler dans une maison concurrente, ni s'y intéresser comme un associé ou en quelque autre qualité » (art. 356). Le Code sanctionne la contravention à cette convention par des dommages-intérêts (art. 359, al. 1) ; il permet aussi quelquefois à l'employeur d'en demander la cessation pour l'avenir (art. 359, al. 3). Pour cela, il exige que l'intérêt de l'employeur soit sérieux (art. 356, § 2 ; art. 357) et qu'il ne compromette pas, « d'une manière contraire à l'équité, l'avenir économique de l'employé » (art. 357 fin).

Les dispositions qui se réfèrent au contrat de travail suisse présentent un intérêt économique incontestable ; nous y trouvons une compréhension plus juste des droits et obligations réciproques des parties, une protection plus efficace de l'ouvrier, enfin des pouvoirs plus larges accordés aux juges.

On y relève une conception nouvelle du contrat de travail ; celui-ci ne s'applique plus seulement aux rapports entre patron et ouvriers, il s'étend aux contrats portant sur des travaux qui supposent une culture scientifique ou artistique spéciale. Aussi le législateur a-t-il modifié l'ancien titre du Code de 1881 et l'a-t-il remplacé par celui de « contrat de travail », marquant bien par là que ses dispositions devaient s'appliquer à toute sorte de travail.

115. Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet du facteur économique dans le Code civil suisse. Rédigé au commencement du ^{xx}e siècle, ce nou-

veau Code consacrait toutes les idées modernes existantes en notre matière ; tout en accordant une pleine liberté aux parties, il assure la protection des tiers ; il confère une importance toute nouvelle au contrat de travail et aux formes de crédit. Cette importance accordée au facteur économique par le Code civil suisse s'explique aussi par l'influence des dispositions de droit commercial qu'il renferme.

D. — *Code civil brésilien.*

116. Le Code civil brésilien présente un intérêt considérable pour notre étude ; rédigé à la suite du Code civil allemand et suisse, il comprend un grand nombre de principes nouvellement consacrés. Ceux-ci se réfèrent à la protection des tiers, au contrat de travail et à un grand nombre d'idées nouvelles ; le législateur les a appliqués en tenant compte des circonstances et des besoins locaux. C'est ce que nous verrons d'une façon plus précise au cours des développements à suivre.

Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit au sujet de la liberté en matière des « personnes naturelles » et « juridiques » ; il suffit de renvoyer à nos développements antérieurs. Nous tenons au contraire à noter qu'en imposant des formes de publicité à la constitution des sociétés, le Code assure la protection des tiers ; cette même protection existe encore en matière de biens entre époux ; après avoir consacré le principe de la liberté des conventions matrimoniales, le Code déclare que ces conventions sont nulles si elles ne sont pas faites par acte public (art. 256, § 1) ; il garantit par là l'indépendance des parties, en attirant leur attention sur la valeur de l'acte à accomplir.

Il protège les tiers en imposant la transcription des conventions matrimoniales sur un registre spécial et en y subordonnant l'efficacité vis-à-vis de ces derniers (art. 261).

C'est surtout en matière de propriété et de crédit que cette protection est assurée d'une façon très efficace.

Le Code connaît deux sortes de propriétés : a) La pleine propriété et b) la propriété résoluble (art. 525). Il distingue, quant à cette dernière, suivant qu'elle est résoluble par l'arrivée d'une condition ou d'un terme (art. 647), ou bien « par la survenance d'une autre cause » (art. 648).

Dans le premier cas, « les droits réels concédés pendant qu'elle était en suspens, seront considérés comme résolus, et le propriétaire au profit de qui la résolution s'est opérée peut revendiquer la chose entre les mains de celui qui la détient ». Se conformant en ce cas aux dispositions du Code civil français, le Code civil brésilien abandonne le système allemand qui est de beaucoup supérieur en cette matière.

Il en est tout autrement dans le deuxième cas ; l'effet de la résolution ne rétroagit pas à l'égard du sous-acquéreur ; celui-ci continue à être considéré comme propriétaire parfait ; le législateur n'accorde d'action que « contre celui dont la propriété a été résolue, pour obtenir la chose elle-même ou sa valeur » (art. 648). Il suffit de comparer ces deux articles, pour comprendre facilement la supériorité du second au point de vue de la protection des tiers.

Cette même protection apparaît aussi dans le régime des transcriptions organisé par le Code en matière de propriété et de droit réels immobiliers, et même de droits de créance.

Le Code prévoit un seul registre pour la transcription des actes translatifs de propriété, la constitution des droits réels et l'inscription des hypothèques (art. 856) ; c'est le *registre des immeubles*.

S'opposant au Code civil français, et d'accord en cela avec les nouvelles législations (allemande et suisse), le Code déclare que « les actes soumis à la transcription (art. 531) ne transfèrent la propriété qu'à partir de la date à laquelle ils ont été inscrits » (art. 533).

Ce régime de publicité existe aussi en matière d'hypothèques (art. 840) ; tout en consacrant un grand nombre d'hypothèques légales (art. 827, 1-8), le Code les soumet toutes à l'inscription (art. 828).

Tel est le régime de protection des tiers organisé par le Code en matière d'hypothèques. Il est de beaucoup supérieur au système occulte du Code français.

En dehors même de la propriété et des hypothèques, le Code brésilien organise la transcription pour la cession de certaines créances (art. 1067, remarque 1) et pour la mise en gage de certains titres de crédit (art. 989) ; si nous ajoutons les mesures de publicité existant en matière de droit d'auteur, de gage, de valeurs de bourse (art. 797), on conçoit l'importance qu'acquiert la protection des tiers dans le Code civil brésilien.

117. Nous rencontrons en matière de travail des notions souvent contraires. Il en est ainsi notamment de l'ancienne conception qui considère le contrat de travail comme une espèce de « louage »¹ ; en opposition à cette étroite conception technique, le Code en consacre une autre beaucoup plus large quant à l'objet de ce contrat : cet objet s'étend à tout « travail licite, matériel ou immatériel » (art. 1216).

Cette dernière conception est d'accord avec les principes existant en matière de travail dans les codifications modernes ; il en est de même des dispositions consacrées à la résiliation du contrat de travail pour « justes causes »².

Le système admis en matière de résiliation est cependant inférieur à celui suivi par le législateur suisse, qui permet au juge d'établir s'il existe des « justes motifs » de résiliation ; il nous paraît, en effet, impossible que le législateur puisse prévoir à l'avance tous les cas de résiliation qui pourraient se présenter en pratique ; le

1. V. art. 1216-1236.

2. V. art. 1226, I. II. III. IV. V. VI. VII. VIII ; art. 1220, I. II. III. IV. V. VI.

système brésilien s'explique cependant par la crainte de conférer un trop grand pouvoir aux juges : ici encore le Code a tenu compte de l'état de choses spécial au Brésil.

C'est ce même état particulier qui nécessitait la fixation du salaire par arbitre (art. 1218), pour le cas d'absence de stipulation et du manque d'accord entre les parties ; la présence de témoins à la conclusion de l'acte, pour le cas où l'une des parties ne savait ni lire ni écrire (art. 1217) ; c'est lui qui explique enfin l'obligation imposée à l'employeur, en matière de louage agricole, « de donner à l'employé l'attestation que le contrat a pris fin ¹ ».

En résumé, à côté de dispositions spéciales, s'expliquant par des circonstances particulières au Brésil, le législateur consacre une notion toute moderne de ce contrat ; l'élément moral n'y est pas absent : c'est ce que nous verrons dans le chapitre suivant.

118. Il importe aussi d'indiquer les théories économiques nouvelles rencontrées dans la législation brésilienne : il en est ainsi notamment de « la demeure du créancier », consacrée par le Code à la suite de la demeure du débiteur (art. 955), des nombreuses dispositions réglementant la validité de l'offre (art. 1085), les contrats par téléphone (art. 1081), par télégramme (art. 1086), de la stipulation pour autrui accordant une action non seulement à celui qui stipule (art. 1098), mais aussi au tiers (art. 1099), du contrat d'édition (art. 1346-1358) et de représentation dramatique (1359-1362) ; ces deux derniers contrats se réfèrent à des rapports tout à fait nouveaux pour le Code civil.

Nous tenons surtout à noter l'importance qu'acquiert dans ce Code *les contrats d'assurance et la déclaration unilatérale de volonté*.

Le Code range sous le titre de « Déclaration unilaté-

1. Art. 1230.

rale de volonté » (livre IV) : a) La promesse de récompense (chap. 16) ; b) Les titres au porteur (chap. 17).

Il assure le maximum d'efficacité à la volonté unilatérale des parties ; cela surtout pour le cas où le titre renferme la clause qu' « il est payable au porteur » ; le débiteur se libère alors valablement en remboursant celui-ci (art. 1510). Ce titre acquiert la même facilité de circulation que tout autre acte de même nature : l'obligation de l'émetteur subsiste si le titre est mis en circulation sans sa volonté (art. 1510) ; les exceptions opposables au porteur de bonne foi sont celles qui résultent de la nature du titre ou sont personnelles aux parties (art. 1507).

Le Code contient aussi des dispositions pour le cas où une personne a été injustement dépossédée de son titre (art. 1509) ; il permet de recourir alors au tribunal ; il écarte les formalités inutiles qui existent en cette matière dans le droit français.

On assure ainsi le maximum de sécurité à la circulation des titres et la protection des tiers.

L'importance du facteur économique apparaît aussi dans le *contrat d'assurance* : le développement de la vie moderne donne une valeur toute nouvelle à ce contrat ; aussi, alors que le Code civil français ne renferme qu'une seule mention se rapportant à ces rapports, le législateur brésilien ne lui consacre pas moins de quarante-quatre articles (art. 1432-1476).

Il réglemente les formes modernes de ce contrat : l'assurance mutuelle (art. 1466 - 1470, section 4) ; l'assurance sur la vie (sect. 5, art. 1471 - 1476) avec ses deux variantes : sur sa propre vie et sur la vie d'autrui (art. 1472). Il serait sans doute très intéressant d'étudier l'ensemble de ces dispositions ; nous ne le ferons pas, car cela nous conduirait trop loin. Nous tenons à noter cependant qu'en principe « les polices d'assurances peuvent être nominatives, à ordre ou au porteur » (art. 1447) ; que l'assuré a, en tout temps, la faculté de remplacer la personne qui doit en bénéficier, s'il s'agit d'une

police à ordre, « d'instituer le bénéficiaire même par acte de dernière volonté » (art. 1473).

Telle est la liberté que le Code brésilien accorde aux parties pour la conclusion des contrats d'assurances ; il impose en même temps, pour en assurer l'indépendance, la rédaction d'un écrit.

Le législateur brésilien assure encore l'indépendance des parties dans de nombreuses dispositions : en matière de gage (art. 771), de cautionnement (art. 791), etc...

A côté de l'intérêt individuel, le Code place l'intérêt de la famille ; il permet la constitution comme biens de famille, d'un immeuble appartenant à celle-ci ; la conséquence d'une telle constitution est que l'immeuble ne peut plus être saisi pour dettes (art. 70) ; toute aliénation postérieure devient impossible sans le consentement des parties intéressées (art. 72).

Enfin le législateur consacre de nombreux articles à la *copropriété* (art. 623-646). Préoccupé par l'intérêt économique que présente cette institution, il règle d'une manière précise la façon dont se fera son administration : il prévoit, pour le cas où « l'usage et la jouissance en commun ne seront pas possibles », qu'« il appartiendra à la majorité de désigner l'administrateur » (art. 635, al. 1^{er}) ; il permet l'intervention du juge en cas de partage des voix (art. 647, al. 2). Il déclare, pour le cas de partage, que « si la chose est indivisible, ou qu'elle doive devenir par son partage impropre à sa destination », et que les communisants ne veulent pas l'*adjuger* à l'un d'entre eux, elle sera vendue en justice ; à offres égales, le Code favorise un des copartageants ou bien encore celui qui a apporté à la chose « les améliorations les plus importantes ».

Par cet ensemble de dispositions, le Code marque la valeur toute nouvelle accordée au facteur économique dans une copropriété.

Nous tenons enfin à indiquer, avant de conclure, l'importance qu'acquiert la protection des créanciers : alors que la plupart des Codes individualistes (voir dans

ce sens C. C. F. ; il en est tout autrement dans le Code civil espagnol, L. 706) consacrent le droit de poursuite personnelle et n'établissent qu'en principe l'égalité entre créanciers, le législateur brésilien organise (livre III, tire 9) « ce concours » chaque fois que les dettes dépassent le montant des biens du débiteur (art. 1554).

Dans ce cas, la discussion entre ceux-ci peut s'exercer « tant sur la préférence disputée entre eux, que sur la nullité, l'assimilation, la fraude ou la fausseté des dettes et contrats » (art. 1555). Ceux qui ne possèdent pas « de titre légal de préférence », n'ont qu'un droit égal sur les biens du débiteur commun.

Nous ne pouvons mieux conclure qu'en rappelant ce que nous avons déjà dit dans notre introduction : le Code civil brésilien consacre les principes économiques modernes, tout en les modifiant suivant les besoins locaux.

Il nous reste à étudier le facteur économique dans le Code civil soviétique et dans le projet des obligations franco-italien.

E. — *Code civil soviétique*

119. L'importance du facteur économique dans le Code civil soviétique apparaît dès son premier article : « Les droits civils, déclare en effet celui-ci, ne sont protégés par la loi pour le cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique » (art. 1 C. C.).

Cette destination est bien limitée, puisqu'elle a seulement en vue l'intérêt de la classe des ouvriers. Le législateur soviétique ne se préoccupe que de cet intérêt ; aussi consacre-t-il des Codes spéciaux aux rapports agraires et à ceux nés de la location de la force ouvrière (livre I, partie générale, chapitre I).

On comprend qu'un système basé sur l'intérêt exclusif d'une certaine classe sociale, ignorant les autres, ne

puisse conduire qu'à la désorganisation de toute vie économique réelle ; qu'on ne peut y suppléer par des dispositions légales. C'est ce que le législateur soviétique n'a pas compris ; aussi essaye-t-il de maintenir la production des entreprises industrielles « nationalisées ou municipalisées », en exigeant, sous peine de nullité, l'insertion dans le contrat de bail portant sur ces sortes d'entreprises, de clauses spéciales ; l'inobservation de ces clauses entraîne la résiliation du contrat ¹.

Cela dit, il importe de constater que toute liberté économique est soumise à de grandes restrictions.

Le Code soviétique ignore la propriété individuelle (art. 21) et la distinction des meubles et immeubles. Il exerce une véritable emprise administrative dans la constitution et le fonctionnement des sociétés par action. Il prohibe enfin tout commerce extérieur sans l'autorisation de l'Etat (art. 17). Il apporte de nombreuses limitations à la conclusion et à l'exécution des contrats ; il en est ainsi notamment dans le cas de louage de choses (art. 153), de vente (art. 182), d'entreprises (art. 235) ; il ne contient pas de dispositions protectrices dans l'intérêt du tiers.

Le législateur soviétique consacre de nouveaux rapports qui s'expliquent par les circonstances spéciales d'aujourd'hui ; il connaît le droit de construction sur les parcelles municipales ; il favorise à cette occasion les travaux en pierres et les rapports d'assurances.

Nous terminons ainsi notre étude sur le Code civil soviétique, en y constatant l'affaiblissement d'un grand nombre de conceptions modernes aidant au développement de toute vie économique sérieuse.

1. V. art. 162 qui déclare que « le preneur à bail d'une entreprise industrielle nationalisée ou municipalisée est obligé de tenir la production à un niveau qui ne soit pas inférieur au minimum fixé par contrat ». L'al. 2 du même article ajoute : « l'indication d'un minimum de rendement et du délai dans lequel il doit être atteint, doit être inséré dans le contrat à peine de nullité ».

F. — *Projet franco-italien des obligations.*

120. L'intérêt que présente cette étude s'explique pour partie par l'autorité de ceux qui ont collaboré au projet ; celui-ci est appelé à avoir un rôle important dans les codifications ou révisions d'avenir.

Notre examen portera d'abord sur la manière dont le projet concilie la liberté accordée aux parties et la protection des tiers ; ensuite, sur les dispositions se référant au contrat de travail. Après quoi, nous indiquerons les autres principaux facteurs économiques intervenant dans le projet et les innovations à apporter.

121. Le principe de liberté se manifeste dans de nombreuses institutions ; nous ne parlerons cependant que de la promesse unilatérale de volonté (art. 60). Le projet n'admet cette promesse que pour une durée déterminée et exige qu'elle soit faite par écrit ; cette institution présente un grand intérêt pratique¹, en ce qu'elle satisfait aux besoins économiques de la vie ; aussi a-t-elle été consacrée par la plupart des codifications modernes.

Nous tenons à constater cependant les lacunes que présente le projet en cette matière ; s'opposant aux codifications allemande, suisse, brésilienne, il ne régleme[n]te pas la matière des titres au porteur, qui facilitent pour beaucoup l'expression de la volonté.

Le nouveau projet consacre expressément la stipulation pour autrui (art. 45) ; cette institution est à la base du contrat d'assurance et élargit pour beaucoup l'ancienne conception du contrat ; aussi, nonobstant la prohibition contraire du Code de 1804², avait-elle été

1. « Elle supprimera les controverses, qui perdront désormais tout intérêt pratique, sur la nature contractuelle ou unilatérale de certains actes, tels que l'offre d'un prix aux créanciers inscrits dans la purge des hypothèques, et d'autre part, elle élargira l'application du principe du respect de la parole donnée, en accordant satisfaction aux exigences de la bonne foi » (Projet de Code des obligations et des contrats, texte définitif approuvé à Paris en octobre 1927, 1929, p. 54).

2. On connaît déjà trop, pour que nous y insistions encore, la prohibition des art. 1119 et s.

admise tant par la jurisprudence que par la doctrine française.

Le projet réglemeute la compensation ; tout en atténuant le principe que les deux dettes doivent être liquidées et exigibles (art. 216), il exige qu'elles aient également pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de même espèce ; il écarte l'ancienne exception admise par le Code civil français pour les choses dont la valeur était constatée par des mercuriales. Nous croyons qu'une telle disposition, facilitant la libération du débiteur, ne pouvait qu'être favorable à la vie économique en général ; aussi, contrairement au rapport du projet¹, nous voyons là une infériorité du nouveau travail. Il en est de même de l'absence de la cession de dettes, qu'on ne rencontre nulle part dans le projet ; cette institution est de beaucoup supérieure à la novation par « changement de débiteur », qui a été cependant maintenue.

La cession de dettes constitue une véritable succession à titre particulier ; elle facilite pour beaucoup la circulation des obligations et augmente par là le développement du crédit ; aussi ne comprenons-nous pas qu'elle n'ait été consacrée par le projet. Cela, d'autant plus que la nouvelle législation favorise les différentes formes de crédit ; elle consacre notamment le gage des choses incorporelles et néglige pour cette constitution d'autres formes que celles qui sont requises « pour le transport du droit mis en gage » (art. 688, 689, 695).

La protection des parties se réalise, tout d'abord, par l'intervention du juge (art. 681-683). En dehors de là, elle résulte de la rédaction d'un acte écrit ; il en est ainsi, notamment, pour le gage (art. 698), pour l'antichrèse (art. 698), pour la déclaration unilatérale de volonté (art. 60).

Protection des tiers. — Cette conception n'est pas absente du projet ; il suffit de lire l'article 107 pour s'en

1. *Op. cit.*, p. 96.

rendre compte ; se conformant aux dernières décisions de la jurisprudence française en matière d'action paulienne¹, le projet n'accorde au créancier poursuivant d'action que contre le sous-acquéreur de mauvaise foi ; il déclare, en effet, « que le sous-acquéreur à titre onéreux et de bonne foi est à l'abri, quel que soit le titre d'acquisition de son auteur immédiat » (art. 107).

122. Le projet consacre au contrat de travail neuf articles (art. 507-516) auxquels il suffit de renvoyer.

Nous nous contentons de constater que : a) Les rédacteurs du projet ont abandonné l'ancienne division établie en matière de louage² et réuni le louage d'industrie et de services sous le titre de contrat de travail ; b) le projet ne renferme pas de dispositions spéciales se référant au contrat collectif de travail.

L'argument invoqué par le législateur pour justifier cette absence³ ne nous semble pas suffisamment sérieux ; le contrat collectif ne présente pas à lui seul un caractère politique prononcé ; ce caractère se rencontre dans toute la matière des rapports de travail ; cela n'a cependant pas empêché de leur consacrer une réglementation générale dans le projet.

Le système suivi par le Code civil brésilien est de beaucoup supérieur à ce point de vue. Le nouveau projet aurait dû comprendre les dispositions générales existant en cette matière, comme en toutes celles du contrat de travail ; cela d'autant plus, que cette forme collective de contrat semble l'emporter dans l'avenir sur l'autre.

1. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, p. 53.

2. Cette distinction classique n'existait pas seulement dans le Code civil français (1708-1710), mais aussi dans le Code civil allemand (art. 611 et 631). Elle donnait lieu à un grand nombre de doutes et d'hésitations. Aussi a-t-elle été critiquée quelquefois. V. Saleilles, Note sur le projet de la commission, relatif au contrat de travail, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 493, 503.

3. « Une déclaration générale sur la possibilité d'un contrat collectif était désormais inutile. Quant à la réglementation particulière de la forme et des effets de ce contrat, il s'agit là d'une matière d'un ordre, éminemment social et politique, qui doit plutôt être réglée par une loi spéciale, que par le Code civil », *op. cit.*, p. 134.

Seules les questions de police et de réglementation spéciale doivent être abandonnées à la législation des pays.

Le projet continue à déclarer que le contrat de travail fait sans détermination de durée peut toujours être résolu (art. 510) ; il se contente d'exiger un délai de préavis sous peine de dommages-intérêts ; se conformant aux tendances modernes existant en cette matière, il tient compte d'un grand nombre de facteurs pour la fixation de ces dommages ¹. Ce système nous paraît très équitable ; il en est de même de celui qui exclut les dommages-intérêts pour le cas de justes motifs (art. 512).

123. L'importance du facteur économique dans le projet franco-italien apparaît encore dans de nombreuses institutions ; il en est ainsi notamment pour les dispositions consacrées à « l'offre » (art. 2 et s.), à la représentation (art. 30 à 37), au contrat d'assurance, enfin aux sociétés (art. 531-565).

Le progrès accompli se manifeste dans ces deux dernières institutions ; il suffit, pour se rendre compte de son importance, d'opposer la simple mention du Code français en matière d'assurance aux nombreuses dispositions de projet.

Le projet franco-italien régit d'une façon précise la liquidation des sociétés (art. 563-564). Il écarte à cette occasion un grand nombre de règles inutiles existant dans le Code civil français ² ; il attribue la personnalité juridique aux sociétés civiles et entoure cette personnalité d'une publicité suffisante pour la faire connaître aux tiers.

On conçoit facilement la supériorité d'un tel système ; consacrant les décisions de la jurisprudence française ³,

1. Ces éléments sont ceux de l'art. 1780 C. C. F. renové.

2. V. art. 531-565 du projet. V. aussi Projet d'un Code commun franco-italien, des obligations et contrats 1929, p. 30.

3. On sait, en effet, que la Chambre des Requêtes, abandonnant son ancienne jurisprudence, a consacré cette personnalité, par deux arrêts très connus du 23 février 1891 (D. P. 91.1.337; S. 92.1.73) et du 2 mars 1892 (D. P. 93.1.69; S. 92.1.497).

et de la plupart des législations modernes, le projet maintient la personnalité des sociétés, même après leur dissolution ; il facilite ainsi la liquidation de celles-ci.

Il contient enfin une disposition protectrice en faveur de l'associé qui apporte son industrie dans le travail commun ; il admet son exonération conventionnelle de toute contribution aux pertes pour le cas de faillite (art. 547).

Nous tenons à ajouter encore, pour comprendre l'importance accordée par le nouveau projet aux facteurs économiques, que le législateur consacre un grand nombre de règles aux questions de « change » (art. 102). Il élargit aussi la durée maxima du bail d'immeuble¹ : cette dernière disposition rendra « un véritable service à l'agriculture et à l'industrie qui pourront de la sorte investir, avec une plus grande sûreté, les capitaux nécessaires à la transformation des exploitations² ».

Telle est l'importance accordée par le projet aux besoins économiques modernes : cela, tant en matière de liberté des parties et de protection des tiers, que pour le contrat de travail et pour l'ensemble des autres théories nouvelles consacrées par lui. Sans doute, cet ensemble présente des lacunes ; des égarements subsistent encore : le projet continue à déclarer que la propriété se transfère par simple accord de volontés (art. 41).

Cela constitue sans doute une grande infériorité : la nécessité de la protection des tiers, en matière de propriété, est une de celles qui est le plus imposée par les besoins économiques modernes ; aussi comprend-on difficilement cet égarement.

Il en est de même des dispositions que le projet consacre à la « libération des débiteurs » ; il continue à exiger « des offres réelles suivies de consignation », en cas de refus de la part du créancier de recevoir le paiement de

1. V. art. 417.

2. Projet d'un Code commun franco-italien des obligations et contrats, 1929, p. 122.

3. V. cependant l'art. 272 qui exige la forme écrite « à peine de nullité » pour un grand nombre d'actes.

la créance (art. 191) ; bien plus, il demande (art. 192, § 7) que ces offres soient faites par officier ministériel « ayant qualité pour ces sortes d'actes ¹. »

Nous devons reconnaître cependant, d'une façon générale, qu'il a évolué avec son époque et a posé les bases d'une vie économique nouvelle.

III. — CONCLUSION

124. Il résulte de cet ensemble, que le législateur civil d'avenir devra faire place dans son Code à tous les principes généraux existant en cette matière ; il appartiendra ensuite à des lois spéciales d'en déterminer les particularités. Le législateur doit tenir compte de toutes les circonstances économiques existant au moment de la rédaction de son œuvre ² ; celles-ci doivent être consacrées par le Code, dès qu'elles sont définitivement établies.

Nous avons vu l'importance accordée par les différents codes aux formes de crédit, aux valeurs mobilières, aux contrats de travail. L'intérêt des tiers apparaît partout à côté de celui des parties. Cet intérêt exige, de plus en plus, à être l'objet de l'attention du législateur ; il exige l'exclusion de l'ancienne règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ; l'annulation de tout acte juridique doit conserver un effet essentiellement relatif entre les parties contractantes et ne doit plus rétroagir à l'égard de l'acquéreur de bonne foi.

Ce résultat a été obtenu dans la plupart des législa-

1. V. cependant art. 193, qui n'exige pas pour la validité de la consignation « l'autorisation du juge ».

2. V. sur l'union nécessaire et la marche combinée des phénomènes économiques et des institutions du droit civil, Fr. Gény, L'économie nationale et le droit civil, *Rev. trim. de droit civil*, 1930, I, p. 53 et s., surtout p. 58-61 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 1930, n° 7 : l'auteur conclut en constatant que : « Si l'isolement du droit par rapport à l'économie politique conduirait à lui assigner un caractère abstrait et factice, en revanche une imprégnation trop poussée risquerait de le faire tomber dans le matérialisme sans issue » (n° 8, p. 7).

tions modernes qui ont établi les registres fonciers et la publicité des différents droits, qui ont limité les effets des causes résolutoires.

La liberté la plus complète doit régir l'ensemble des institutions civiles ; sauf le cas où l'intérêt public impose des dispositions législatives contraires, pleine liberté doit être accordée aux parties ; on permet ainsi aux différents besoins de s'affirmer.

Cette liberté se manifeste aussi à un autre point de vue ; tout en assurant aux différents droits une publicité suffisante, le législateur doit écarter les formes inutiles qui empêchent la perfectibilité des actes juridiques ; il doit enfin faciliter l'expression de la volonté, en lui forgeant les instruments propres aux nécessités toujours plus complexes de la vie ¹.

Tels sont les principes économiques imposés par la vie économique moderne ; ils s'affirment dans la plupart des législations modernes ; tout législateur d'avenir devra en tenir compte, s'il veut que son œuvre puisse lui survivre.

Nous concluons avec ce que nous avons à dire au sujet du facteur économique dans le Code civil ; l'influence de ce facteur apparaît de plus en plus prépondérante. Aussi toute étude de technique législative interne ne pouvait ignorer cette question. Les différentes transformations économiques apportent de grandes modifications dans le droit civil ; elles exigent aussi des formes toujours nouvelles, une technique toujours plus souple et plus variée. Nous terminons ainsi avec le facteur économique dans le Code civil.

1. Gény, *Science et technique*, t. III.

CHAPITRE IV

LES FACTEURS IDÉAUX DANS LE CODE

125. Nous avons étudié, dans les chapitres précédents, l'importance des facteurs politiques et économiques intervenant dans la rédaction d'un Code. A côté, et en plus de ces éléments, la loi doit tenir compte d'un ensemble de facteurs présentant un caractère moral. Ils se distinguent des autres par l'impossibilité où l'on se trouve de les estimer d'une façon précise en argent¹ ; aussi les groupons-nous dans ce chapitre, sous le titre de facteurs idéaux².

La vie se compose, non seulement d'intérêts économiques, mais aussi de valeurs morales ; celles-ci acquièrent souvent une importance considérable parce que plus intimement liées à la personne humaine, source et but de toute activité sociale ; aussi doivent-elles se retrouver dans le droit qui est appelé à protéger tout intérêt ayant acquis une certaine densité.

Cette nécessité apparaît depuis toujours³. Le développement du droit romain voit surgir, à côté de l'ancien droit n'accordant d'action que pour le cas de *res certa*, un droit nouveau s'affirmant par des actions

1. Dans ce sens Dorville, *De l'intérêt moral dans les obligations*, thèse Paris, 1901 : l'auteur entend par intérêt moral « toute valeur, tout intérêt vis-à-vis desquels l'argent ne peut remplir sa fonction d'équivalence » (pl. 3) ; v. aussi là-dessus, R. Demogue, *Notions fondamentales*, 1911.

2. Ce titre paraît mieux convenir à notre chapitre, que celui de « culturel » employé par M. le professeur Colmo en cette matière. V. aussi R. Demogue, Compte rendu du livre de Colmo, *Rev. trim. du Droit*, 1917, p. 417.

3. V. même sens R. Demogue, *Notions fondamentales*, p. 183. V. aussi bibliographie citée, même auteur, p. 183, note 1 ; G. Rippert, *La règle morale dans les obligations*, p. 383.

in bonum et æquum concepta, bona fidei ; sous l'influence de la philosophie grecque et du droit provincial, on commence à tenir compte du préjudice moral, des intérêts purement idéaux. Qu'il nous suffise de rappeler l'évolution accomplie en matière « d'action d'injure », de l'intervention du prêteur « pour tout fait tendant à nuire à la réputation d'autrui ¹ », pour nous rendre compte de la véracité de nos affirmations.

On comprend toute l'importance du chemin parcouru : ce n'est plus seulement l'intérêt matériel, c'est la *pietas*, l'*affectus*, qui reçoivent une sanction du droit. Si nous ajoutons la capacité toujours plus grande accordée à la femme, aux enfants, enfin même aux esclaves par le droit romain de la fin de la République, on perçoit facilement que le facteur moral a été connu et protégé à Rome. C'est la renaissance du droit romain au xvr^e siècle, qui a donné un nouvel essor aux intérêts moraux dans le droit civil ; à côté de l'obligation civile, surgit alors l'obligation naturelle présentant un caractère juridique prononcé, mais étant, en raison de circonstances diverses, dépourvue de toute sanction légale.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet du facteur moral dans le droit : l'importance de ce facteur a été toujours reconnue ; ce qui seul a pu donner lieu à discussion, c'est la place qui devait lui être accordée.

Il importe de nous demander si le législateur doit tenir compte de ce facteur dans la rédaction de son Code, et dans quelle mesure le fera-t-il ?

Il faut constater tout d'abord que la plupart des institutions juridiques se référant à la famille, et au droit d'obligations, contiennent à côté d'éléments politiques et économiques, des facteurs idéaux bien déterminés. L'ensemble des problèmes que pose le droit de famille par exemple, présente un caractère moral très marqué ; le législateur ne peut en faire abstraction dans son Code. La discussion se limite ainsi aux principes généraux qui

1. Le texte de l'Edit contenant cette clause générale est dans Ulp. h. t. 15, 25. V. Ed. Guq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., 1928

viendraient à être consacrés lors de la rédaction de la loi. Les critiques contre un tel système sont nombreuses.

I. — *Difficultés qui s'opposent à l'acceptation
de telles règles.*

126. On a dit que ce qui caractérisait la règle morale, c'était son imprécision ; qu'il était impossible de la fixer une fois pour toutes dans « une formule sociable, aisément maniable »¹.

Or, le législateur est avant tout « un technicien, chargé de forger la règle légale et de lui donner une sanction »² ; cette règle demande à avoir des contours suffisamment fixes pour pouvoir s'appliquer pendant un certain temps ; eux seuls peuvent assurer la précision dans le droit. Il y aurait donc là une véritable contradiction résultant de l'impossibilité de saisir et d'exprimer une norme morale sous forme juridique.

De là, un manque de certitude et de fixité qui a été souvent relevé pour les formules légales ayant un caractère moral³ ; cela présenterait le grand désavantage d'écarter la sécurité dans la loi et de donner lieu aux pires difficultés.

Il y a là sans doute beaucoup de vérité. Il importe cependant de constater que la règle morale, pour passer dans la loi, devra se transformer en règle juridique ; elle acquerra alors « une précision technique nécessaire à la loi »⁴.

Cette précision ne peut sans doute avoir une rigueur mathématique ; elle est toute relative. Mais ce caractère de relativité facilite le rajeunissement du texte légal et l'application de la loi aux changements toujours nouveaux de la vie ; on évite ainsi l'obligation de réviser trop souvent les mêmes textes.

1. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse Dijon, 1912, p. 31-32 ; v. aussi Dorville, *op. cit.*, p. 3-4.

2. Rippert, *op. cit.*, p. 416.

3. Demogue, *op. cit.* ; Rippert, *op. cit.*, p. 413 ; Gounot, *op. cit.*

4. Rippert, *op. cit.*

Il suffit de rappeler comment le principe de « bonne foi », introduit dans le Code civil français, a permis l'évolution du Code avec les changements moraux accomplis durant tout le dernier siècle. Ce principe apparaît dès lors comme une formule-soupape permettant la pénétration de la vie morale dans la règle légale ; sa souplesse confère aux juges un grand pouvoir d'appréciation ; elle est d'accord avec le caractère tout évolutif du droit ; de là, sa grande supériorité, de là aussi, sa faiblesse.

127. Le législateur n'est pas un moraliste ; le domaine de la morale est d'ailleurs beaucoup plus large que celui du droit ; en essayant d'introduire de telles dispositions dans la loi, on arriverait à faire plus de mal que de bien, par ce qu'on remplacerait la précision de la loi par l'arbitraire du juge ; on livrerait à celui-ci toute activité humaine.

Il y a sans doute là une certaine part de vérité ; sous l'influence des tendances morales, le domaine du droit s'élargit sans cesse ; il s'étend sur la vie et les mœurs ; il s'immisce dans tous les rapports privés ; il limite souvent d'une façon excessive la sphère d'activité des individus¹. Cela constitue un véritable danger contre lequel il faut prévenir le législateur ; ce danger apparaît surtout dans les pays à civilisation peu avancée² ; alors les formules morales de la loi, manquant de précision suffisante, livrent à l'arbitraire d'une magistrature inculte les actes les plus importants de la vie privée.

Nous tenons cependant à constater que ce contre quoi nous nous élevons, c'est l'abus qu'on ferait de la moralité dans la loi ; elle seule empêcherait les dispositions légales d'être suffisamment précises et pourrait donner lieu aux pires difficultés. En dehors de là, on ne peut séparer le facteur idéal des autres facteurs intervenant

1. Tel fut le cas des art. 14 et 15 du 1^{er} projet de Code civil suisse, dont nous parlerons plus tard.

2. C'est le cas de la Russie soviétique.

dans la rédaction de la loi. Tout Code doit être le résultat des divers éléments intervenant dans la vie, et ne peut faire abstraction d'aucun d'entre eux.

On a dit avec raison ¹ que la loi n'était pas seulement « un arsenal de moyens, de cautèles, qu'elle ne pouvait ignorer la fin supérieure du droit ». Cela est surtout vrai pour le Code civil qui doit réglementer la vie privée des individus ; comment pourrait-il ignorer le côté idéal des différentes institutions qu'il est appelé à régir, alors surtout que ce côté est plus intimement lié à l'activité et à la liberté de chacun. Les besoins moraux de la vie civile sont en effet souvent plus impérieux que toutes les nécessités économiques ; aussi, si on veut assurer à chacun une sphère d'activité et de liberté individuelle, il faut commencer par sanctionner ces nouveaux intérêts ².

128. Que sont ces intérêts ? Sont-ils la simple expression « des usages moraux courants », ou bien expriment-ils une norme objective s'imposant aux législateurs ? Ces questions présentent une importance telle qu'elles ne peuvent faire l'objet de quelques développements seulement ; aussi, loin d'essayer de résoudre le problème ici ³, nous dirons simplement que le législateur doit surtout se pénétrer, pour la rédaction de son Code, des besoins, des usages moraux courants dans le pays pour lequel il légifère ; l'époque des concepts philosophiques immuables, s'imposant au législateur, a depuis longtemps vécu. Le droit est l'expression de la vie et doit évoluer avec elle ; il ne peut tenir compte que de la moralité toute relative de cette vie.

Cela est sans doute vrai ; il faut cependant ajouter que le facteur idéal intervenant dans le Code est aussi la

1. Paul Roubier, *Comptes-rendus sur Essais de téléologie juridique. De l'Esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de « l'abus des droits »*, par Josserand, 1927, bibliogr. Dalloz, 1927, 11-12; v. aussi Josserand, *Cours de droit positif français*, t. I, 1930, p. 7-8.

2. Moro-Giafferi, préface à *L'Abstention fautive* de M. Cohen, 1929 p. VII.

3. Voir Gounot, *op. cit.*, p. 220. V. aussi p. 26 sur l'appréciation de la moralité dans la loi allemande; Rippert, *op. cit.*, p. 74.

résultante des concepts, des idées apparaissant dans tous milieux civilisés ; il n'y a pas de normes fixes, mais des tendances naissant et s'imposant à la vie à un certain stade de développement ; ces tendances, quoique distinctes par leurs particularités, sont en principe toujours les mêmes ¹.

Aussi dirons-nous que le législateur devra tenir compte de la moralité existant au moment où il légifère ; mais, loin de s'y plier toujours, il doit souvent la diriger suivant les tendances supérieures de la vie. Cet ensemble de besoins et de tendances a donné naissance dans tous les pays modernes à une évolution sociale du droit, à une amélioration de la condition de la femme, de l'enfant, de l'ouvrier. De telles transformations n'ont pas pu ne pas avoir de répercussions dans les différents Codes Civils ² ; elles présentent toutes un caractère nettement politique ; aussi les avons-nous mentionnées dans notre chapitre portant sur « les Facteurs politiques dans le Code ». Si nous avons cependant réservé leur étude pour ce chapitre, c'est qu'elles touchent d'une façon plus directe au côté idéal du Code.

Il en est de même des dispositions législatives par lesquelles l'Etat intervient dans le cas de déparité de situations des parties, pour aider les faibles contre les forts, en matière d'usure, pour réprimer l'abus de droit ; ici encore, c'est le côté moral du droit qui l'emporte.

Nous nous proposons d'étudier aussi le facteur moral en matière du droit d'auteur, de propriété scientifique ; l'importance accordée à ce facteur, dans ces nouvelles formes de la propriété, apparaît de plus en plus prépondérante.

Nous tenons, avant de conclure, à relever les liens étroits existant entre les différents facteurs intervenant

1. Il suffit de rappeler l'autorité accordée au mariage, le respect de la personne humaine, le développement de la capacité de l'enfant, ensemble de notions apparues avec le développement du droit romain. Ces mêmes tendances se retrouvent aujourd'hui dans la plupart des Codes modernes.

2. C'est ce que nous nous proposons d'étudier d'une façon plus approfondie dans les développements qui suivront.

dans la rédaction d'un Code ; tout développement du droit dans une direction donnée ne peut ne pas avoir de répercussions sur les autres ; c'est ainsi que l'extension de la liberté civile appliquée à l'état des personnes et à la circulation des biens entraîne immédiatement après elle un progrès moral et économique ¹.

Nos développements porteront sur le facteur moral dans les différents Codes : français, allemand, suisse, brésilien, soviétique, enfin projet franco-italien ; nous étudierons, à cette occasion, le facteur moral tel qu'il se présente en matière de famille, d'enfance, d'abus de droit, d'usure, de droit d'auteur. Nous étudierons dans une deuxième partie le facteur moral en matière de législation spéciale non encore codifiée. Nous tâcherons ensuite de montrer dans notre conclusion quelle sera l'importance du facteur moral dans le Code civil d'avenir. Nous passons immédiatement à l'étude du Code civil français.

II. — *Etude des facteurs idéaux dans les différents Codes civils modernes*

A. — *Code civil français.*

129. L'intérêt que présente l'étude de ce Code a été déjà souvent relevé ; il établit l'équilibre entre le droit ancien et le droit nouveau, cela tant en matière politique qu'économique ; il en est de même pour la matière que nous nous proposons d'examiner.

Nous tenons à constater dès le commencement que le facteur idéal n'est pas absent du Code français ; on a même dit avec raison que « maints de ses articles sont restés à cheval sur la morale et sur le droit » ; cela tant en matière de conventions que de famille.

1. V. même sens, Grûr, *Kommentar zum S. Z. B.* ; V. aussi Paul Gide, De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie, *Rev. hist. de droit français et étr.*, 1866, t. XII, p. 490.

2. E. H. Perreau, Les obligations de conscience devant les tribunaux, *Revue trim. du droit civil*, 1913, p. 505 ; E. H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, t. II, 1923, p. 61.

a) *Conventions*. — Le Code civil français consacre le principe de l'autonomie de la volonté en matière de conventions ; il accorde pleine liberté aux parties pour constituer leurs accords contractuels ; cette liberté accordée d'une façon trop absolue aurait pu conduire aux pires iniquités. Aussi, à côté du principe de l'autonomie de la volonté, le Code place celui de la bonne foi¹ et de l'équité ; il les inscrit dans deux articles bien connus ; il déclare que « les conventions doivent être exécutées de bonne foi » (art. 1134, § 3), « qu'elles obligent à toutes les suites » que l'équité impose (art. 1135).

Ces principes qui correspondent à une vieille tradition² ne font que consacrer les nécessités impérieuses imposées par la vie ; on ne peut en effet séparer le droit de l'équité pour en faire deux choses tout à fait distinctes ; car cela pourrait entraîner les pires conséquences pour la vie sociale et même pour le droit.

C'est ce que le législateur français a compris ; aussi parle-t-il de l'équité et de la bonne foi dans l'article même où il consacre le pouvoir de la volonté (art. 1134, § 1) ; il en fait ensuite de nombreuses applications dans ses dispositions.

Préoccupé de la sécurité des transactions, le Code civil français place au-dessus de tout la stabilité dans les contrats : il confère cependant aux juges la faculté d'accorder des délais de grâce au débiteur malheureux (art. 1244), ou de limiter les obligations excessives du mineur (art. 1305). Ces dispositions sont inspirées par un profond sentiment de moralité ; elles prouvent expressément que le facteur idéal n'est pas absent de la matière des contrats. Si nous ajoutons la distinction établie par le Code — quant à l'exécution des conventions — entre le débiteur de bonne et de mauvaise foi (art. 1150),

1. Or « le principe de la bonne foi, est intermédiaire entre la norme morale qui doit présider à tous les actes et la règle technique qui en fixe les conditions et les effets. Il fait pénétrer dans la forme la souplesse de l'esprit et dans la vie juridique l'inspiration de la conscience » (Fr. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, p. 241). On voit dès lors l'importance de ce principe pour le Code civil.

2. E. H. Perreau, *op. cit.*, p. 504.

les dispositions consacrées à l'obligation naturelle, les nombreux cas de répétition pour enrichissement injuste, on perçoit facilement toute l'importance qui lui fut accordée par le législateur français.

b) *Droit de famille.* — La moralité dans le droit exige un renforcement de la famille légitime ; aussi le législateur français ignore-t-il presque la parenté naturelle et ne réglemente-t-il d'une façon d'ensemble que la famille légitime. Il consacre la solidarité entre ses divers membres et la consolide par des liens matériels ; il maintient un droit assez étendu de successibilité¹ ; il consacre dans le chapitre « Des obligations qui naissent du mariage » (livre I, t. V, chap. II), le droit d'assistance entre parents et enfants pour le cas de nécessité (art. 205-207).

Il abandonne sans doute le droit traditionnel appartenant aux enfants d'exiger une dot de leurs parents (art. 204) ; l'intérêt de la famille d'avenir n'est cependant pas absent du Code civil français ; il suffit, pour s'en rendre compte, de rappeler les nombreuses exceptions apportées en sa faveur au principe de l'inaliénabilité de la dot immobilière (art. 1558, § 3 ; art. 1555 ; art. 1556).

Tel est ce que nous avons à dire sur l'importance des facteurs idéaux dans le Code civil français ; les dispositions du Code en matière de famille et de conventions ont donné lieu à tout un travail jurisprudentiel qui a élargi pour beaucoup leur domaine d'application.

Quelle que soit l'importance de ces dispositions pour l'époque de l'élaboration du Code civil, il faut reconnaître que ce qui l'emporte dans sa rédaction, c'est son caractère individuel ; le Code réglemente la famille légitime ; il ne la considère cependant pas comme une association conférant des droits égaux à tous ceux qui y prennent part ; les pouvoirs du chef de famille continuent à être bien trop exorbitants :

1. On sait en effet que l'ancien art. 755, al. 1, appelait à la succession les parents jusqu'au douzième degré.

b') Cela d'abord par rapport à la femme mariée ; sans doute, le Code impose au mari protection (art. 213) et assistance (art. 212) envers celle-ci ; mais il exige de la part de l'épouse pleine obéissance (art. 213) ; de plus, il limite la capacité de celle-ci d'une façon excessive en l'empêchant d'accomplir la presque totalité des actes juridiques ¹. Une telle incapacité a été souvent critiquée comme ne correspondant plus aux nécessités et affirmations de la vie moderne ; aussi toute la fin du siècle dernier et le commencement du xx^e marquent les différentes étapes du développement de cette capacité qui a abouti aux lois des 13 juillet 1907 ² et 20 mars 1917 ³ ; celles-ci élargissent pour beaucoup les pouvoirs de la femme mariée en lui permettant d'avoir des droits égaux à ceux du mari dans la tutelle de ses enfants, et en lui conférant une capacité presque complète sur les biens acquis par son travail.

L'infériorité du Code civil par rapport à la femme mariée s'affirmait à un autre point de vue encore ; on sait que l'ancien article 767 ne l'appelait à la succession qu'à défaut de « parents aux degrés successibles » ou « d'enfants naturels » ; en présence de ceux-ci, l'époux survivant était écarté de tout droit à la succession. L'infériorité d'un tel système a été souvent révélée ; de nombreux projets de réforme ont été présentés ; ils aboutirent à la loi du 9 mars 1891 accordant à l'époux survivant un droit d'usufruit variable avec la qualité des héritiers de sang venant à la succession ⁴.

De telles dispositions ont non seulement une valeur sociale indubitable ; en élargissant la personnalité de la femme, en lui conférant des droits égaux à ceux du mari

1. Cette incapacité a été déjà souvent relevée. V. cependant A. Tissier, Rapport sur la question des « droits et obligations de la femme quant aux biens et au produit de son travail, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1901-1902, p. 26 et s.

2. Loi relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage.

3. Loi ayant pour objet de modifier certains articles du Code civil relatifs à la tutelle des femmes et à leur admission dans les conseils de famille, que nous avons d'ailleurs déjà citée, à cause de la façon défectueuse de sa rédaction.

4. V. art. 767 rénové.

dans la tutelle de ses enfants, en augmentant les droits successoraux de l'époux survivant, on assurait plus de justice dans le ménage, plus de moralité dans le droit de famille.

b") Les droits des enfants ne sont pas suffisamment protégés par le Code civil ; cela tant par rapport à leur personne que quant à leurs biens.

Personne. — Le Code civil consacre tout un titre à la puissance paternelle (livre I, titre IX, art. 371-387) ; il y confère de nombreux pouvoirs aux parents sur la personne de leurs enfants, jusqu'à la majorité ou à l'émancipation de ceux-ci (art. 372) ; même après, les parents conservent encore, pendant un certain temps, le droit de consentir au mariage et d'intervenir à la conclusion des conventions matrimoniales (art. 1398).

Sans doute un tel pouvoir n'est que la conséquence des obligations imposées par le mariage « de nourrir, d'entretenir et d'élever les enfants » (art. 203) ; de plus, le Code prévoit l'intervention du président du tribunal d'arrondissement pour le cas d'incarcération d'un mineur de plus de seize ans (art. 377) et dans tous les cas, si le père « est remarié » (art. 380) ; du président et des deux proches parents paternels si l'incarcération est demandée « par la mère survivante et non remariée » (art. 381). Le Code exige aussi que le père exerçant ce droit « ait des sujets de mécontentement très graves sur la conduite de l'enfant » (art. 375) ; cette formule très large a permis aux tribunaux d'intervenir dans tous les cas d'incarcération, pour sauvegarder l'intérêt du mineur¹.

La protection de la personne du mineur n'a donc pas été ignorée par le Code civil ; l'intervention du tribunal est encore autorisée dans d'autres cas ; il en est ainsi notamment lors d'une demande en divorce et lorsqu'une décision définitive est intervenue en cette matière ;

1. V. au sujet de cette jurisprudence, Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, p. 448.

tenant alors seulement compte du « plus grand avantage des enfants », l'article 302 permet aux juges de confier la garde des enfants « aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne ».

En opposition de ce qu'il décide pour le cas de divorce, le législateur français de 1804 ne connaît pas et ne réglemente pendant le mariage la déchéance de la puissance paternelle ; cela même en cas de nécessité et où l'intérêt de l'enfant l'exigerait d'une façon absolue ; de plus, on ne trouve nulle part dans le Code une étude d'ensemble consacrée à la protection des mineurs et s'opposant à celle de la puissance paternelle. Aussi fallait-il y remédier ; ce fut l'objet de la loi du 24 juillet 1889 et des lois qui suivirent ¹.

Ces lois protègent « les enfants malmenés ou moralement abandonnés » ² ; elles répriment « les violences de fait, les actes de cruauté et les attentats commis contre la personne des enfants » : tel est le cas de la prostitution des mineurs et celui des mauvais exemples donnés par les parents. Dans tous ces cas, le législateur permet aux tribunaux d'intervenir pour prononcer la déchéance des parents ; celle-ci intervient soit comme suite d'une autre condamnation, soit même indépendamment de toute condamnation préalable, dans un grand nombre de cas prévus par la loi ³. Quel que fût le nombre de ces cas, en présence de l'insuffisance de cette énumération, la loi du 15 novembre 1921 a remplacé l'énumération limitative par une formule toute générale ; elle autorise en effet le tribunal civil de prononcer la déchéance lorsque « les père et mère... compromettent par de mauvais traitements, par des exemples pernicioeux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire, par un défaut de soins ou un manque de direction nécessaire, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ». La supério-

1. Cet ensemble de lois est trop connu pour l'numérer ici à nouveau. Aussi nous contenterons-nous de renvoyer aux Traités de droit civil. V notamment Ambroise Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 464 et s.

2. C'est d'ailleurs là le titre de la loi du 24 juillet 1889.

3. V. art. 2, al. 6, de la loi du 24 juillet 1889.

rité d'une telle formule est indiscutable ; elle comprend les nombreux cas qui peuvent se présenter en pratique et qui rendent la déchéance absolument nécessaire ; tout autre procédé technique n'aurait pu les prévoir tous.

En classant parmi ces causes celles qui portent atteinte à la moralité des enfants, le législateur a voulu marquer les nouvelles directives existant en droit civil ; ce n'est plus seulement la santé, la sécurité qui doivent être sauvegardées par la loi, le côté moral de leur éducation présente un intérêt tout aussi grand. Aussi l'Etat doit-il intervenir pour suppléer dans ce cas à la défaillance de la famille ; l'avenir de la société l'exige.

La déchéance prononcée, le tribunal a le droit de confier la tutelle de l'enfant à un tuteur de droit commun ou à l'Assistance publique.

Tel est ce que nous avons à dire sur les pouvoirs des parents envers la personne de leurs enfants ; il résulte de l'ensemble de nos développements que ces pouvoirs, presque absolus dans le Code de 1804, ont été peu à peu limités par les lois sociales de la fin du xix^e siècle et du commencement du xx^e ; à côté des droits du père de famille apparaissent ceux des enfants. Toute atteinte grave aux droits de ces derniers est sévèrement réprimée par le tribunal. La puissance paternelle apparaît de plus en plus comme une fonction sociale ne conférant pas seulement des droits, mais imposant aussi des obligations.

On voit dès lors tout le chemin parcouru et l'infériorité morale du Code relativement à la législation sociale postérieure. Et l'évolution n'est pas encore terminée ; en considérant l'abandon de famille comme un délit entraînant déchéance¹, le législateur ouvre la voie à de nouvelles transformations.

Biens. — On connaît déjà l'insuffisance du Code en cette matière ; un seul article (art. 389) déclarait le père

1. V. loi du 7 février 1924 réprimant le délit d'abandon de famille ; V. aussi, A. Tissier, L'abandon de famille peut-il constituer un délit ? *Rev. pénitentiaire, Bull. de la Soc. génér. des prisons*, 1914, p. 53.

comptable de la propriété des biens de ses enfants dont il avait la jouissance ; pour le reste, c'est-à-dire pour l'ensemble des règles se référant à l'administration de ces biens, aux pouvoirs des parents, le Code ne contenait aucune disposition : tant que les deux parents survivaient aucune mesure de garantie n'était organisée.

Certes, tout en accordant aux parents la jouissance des biens de leurs enfants, le Code leur imposait de nombreuses charges : il demandait que « la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants soient selon leur fortune » (art. 385, § 2) ; de plus il écartait de cette jouissance « les biens que les enfants pouvaient acquérir par un travail ou une industrie séparée » (art. 387).

Néanmoins une telle absence de réglementation pouvait donner lieu aux actes les plus arbitraires ; aussi la nécessité de protéger la personnalité de l'enfant, et les nombreuses difficultés suscitées par un tel régime¹, obligèrent le législateur à intervenir² ; tout en conservant au père, sur les biens de ses enfants, des pouvoirs plus larges qu'au tuteur (art. 389 nouv., § 5-6), il lui imposait des mesures de garantie dans l'intérêt du mineur ; bien plus, dans le cas d'opposition d'intérêts « entre l'administrateur et le mineur » (art. 389, § 4), où pour le cas de déchéance, le législateur prévoyait la nomination « d'un administrateur *ad hoc* par le Tribunal » (art. 389, § 4).

Cet ensemble de dispositions appelées à protéger les biens des enfants présente un grand intérêt ; le législateur continue à accorder la jouissance des biens personnels des enfants, à leurs parents ; il leur confère des pouvoirs bien plus larges que ceux attribués au tuteur ; cela est équitable et renforce la solidarité qui doit exister entre les membres d'une même famille. Les pouvoirs du père ne sont plus absolus ; désormais à côté de ces

1. Elles résultaient de l'impossibilité d'étendre à l'administration légale les règles protectrices de la tutelle. V. J. Bonnet, *Traité de droit civil* (suppl. Baudry), t. I, 1924, p. 162 ; v. aussi Josserand, *Cours de droit civil français*, t. I, 1930, p. 256 : l'auteur déclare que « cette quasi-carence législative devait susciter, quantité de controverses, notamment sur les pouvoirs de l'administrateur légal ».

2. Loi du 6 avril 1910.

pouvoirs apparaissent les droits des enfants. En protégeant la personne des enfants, en assurant son développement, les lois de 1889 et 1910 ont insufflé une nouvelle vie morale à l'ancien Code ; elles ont relevé en même temps le rôle de la femme mariée en lui accordant, dès 1910, l'administration des biens de ses enfants « de plein droit », et « avec les mêmes pouvoirs » pour le cas où le père est déchu de l'administration (art. 389, § 2) ; par là, elles assuraient plus de justice dans la famille, et contribuaient à son développement moral.

130. L'enfance. — Le Code civil ne réglemeute que la famille légitime ; sans doute il n'ignore pas la parenté naturelle, mais nous ne trouvons dans le Code que de très rares dispositions s'y référant¹.

En principe, seule la reconnaissance fonde la parenté naturelle et donne lieu aux droits qui s'y rattachent (art. 756) ; de plus, elle n'est admise qu'à l'égard des enfants naturels simples (art. 335) et leur accorde des droits de succession beaucoup plus restreints qu'à ceux légitimes (art. 757).

Pour le reste, si la recherche de la maternité est admise (art. 341, § 1), celle de la paternité est expressément prohibée par le Code de 1804 (art. ancien 340).

Un tel régime présentait de grandes lacunes ; il donnait lieu aux pires iniquités ; aussi toute l'évolution législative en cette matière a tendu à faciliter la recherche de la paternité, à protéger l'enfant naturel, à organiser enfin l'assistance publique des enfants.

a) Faciliter la recherche de la paternité. — Les dispositions de l'article 340 ont été souvent critiquées ; en effet, si la moralité dans la famille et dans la société exige de restreindre dans d'étroites limites l'exercice de cette action, un sentiment d'humanité envers l'enfant

1. Seuls deux textes du Code civil se référaient d'une façon expresse à cette puissance : art. 158 sur le consentement au mariage ; art. 383 sur le droit de correction paternelle ; v. Ambroise Colin et H. Capitant. *cit. op.*, t. I, p. 539 ; Edouard Lévy, Discussion du projet sur la reconnaissance des enfants naturels, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1919, p. 30.

naturel milite en sens contraire. Certes les dispositions du Code s'expliquent comme une réaction contre les facilités accordées en cette matière par le droit révolutionnaire¹, ce qui avait apporté une grande décadence dans les mœurs ; ce n'est que par la protection de la famille légitime qu'on arrive à renforcer la moralité sociale.

Mais le droit de l'enfant naturel doit aussi être pris en considération ; la moralité elle-même dans le droit exige de rendre chacun responsable de ses actions. On ne voit pas la raison pour laquelle on y aurait dérogé en ce cas. Ce sont ces diverses considérations qui expliquent les nombreux projets existant dès 1878 en cette matière², et qui aboutirent à la loi du 16 novembre 1912.

Cette loi « intervenue dans un but de justice et d'humanité »³ et où certains⁴ ont vu « une œuvre de salubrité publique », limite encore d'une façon bien trop excessive le droit de l'enfant à prouver la paternité de ses parents⁵. Certes, toutes les garanties de preuve doivent être prises par le législateur afin d'éviter l'intrusion d'étrangers dans la famille ; bien plus, dans le cas de parenté incestueuse ou adultérine, toute recherche doit être écartée : la sécurité de la famille, et donc de la société, n'est assurée qu'à ce prix. La parenté naturelle prouvée, les droits successoraux des enfants naturels doivent demeurer inférieurs aux autres ; l'intérêt social exige d'assurer cette prime à la famille.

Cela dit, nous ne comprenons pas qu'on puisse limiter le droit des enfants à prouver leur paternité, à des cas déterminés ; une formule plus générale nous paraîtrait de beaucoup supérieure, car le législateur ne peut prévoir tous les cas qui se présenteraient dans la vie et qui rendent la présomption de paternité absolument indis-

1. V. Edouard Lévy, *op. cit.*, p. 30.

2. V. J. Bonnecase, *op. cit.*, p. 165 ; Edouard Lévy, *op. cit.*

3. Jossierand, *Cours de droit civil français*, 1930, p. 612.

4. J. Bonnecase, *op. cit.*, p. 163.

5. J. Bonnecase, *op. cit.*, p. 173 et s. ; v. aussi Ambroise Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 301 et s.

cutable. La sécurité dans la société et dans la famille ne doit pas conduire à l'irresponsabilité individuelle, car cela détruirait toute moralité dans le droit.

b) Protection de l'enfant naturel. — Il importe de relever ici encore les nombreuses lacunes existant dans le Code civil français ; conformément au système déjà rencontré plus haut, le législateur de 1804 ne consacre pas d'articles aux droits des enfants dans la famille naturelle. Sans doute, il leur accorde des droits successoraux, souvent très limités ; mais ces dispositions sont les seules qui se réfèrent aux droits des enfants naturels dans la famille.

Les pouvoirs des parents naturels sur la personne de leurs enfants ne sont réglementés que dans deux articles tout à fait insuffisants ; le premier se réfère à l'autorisation nécessaire, qui doit être accordée aux enfants en vue du mariage (art. 158) ; le second est compris au titre 9 sur « la puissance paternelle » (art. 383) ; le Code y déclare formellement que « les articles 376, 377, 378 et 379 seront communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus » ; pour le reste, c'est-à-dire pour l'ensemble des matières se référant aux droits des parents sur la personne et les biens des enfants naturels au droit de tutelle, nous ne trouvons aucune disposition dans le Code.

Un tel système donnait lieu dans la pratique aux pires difficultés et contradictions¹ ; des abus étaient d'autant plus à craindre qu'« en fait, les père et mère naturels appartiennent fort souvent à un milieu social dont l'intelligence et la moralité moyenne ne justifie-

1. En effet, comme le constatait aussi Ambroise Colin : « la jurisprudence... a étendu aux enfants naturels, les textes relatifs aux enfants légitimes. Mais comme il se trouve que cette adaptation se heurte souvent à des impossibilités et comme... l'organisation de l'autorité paternelle et tutellaire sur les enfants légitimes est un des points les plus faibles de notre droit positif, il en résulte que tout est à créer ou à peu près » (Rapport sur « Questions relatives à la protection et à la tutelle des enfants naturels », *Bull. Soc. Et. lég.*, 1903, p. 27). Voir aussi même sens, Jossierand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 1930, p. 270-271.

raient qu'imparfaitement l'attribution complète de l'autorité parentale »¹.

C'est en partant de ces considérations toutes spéciales que le législateur français distingue dans sa loi du 2 juillet 1907 entre « l'administration des biens » et « la puissance paternelle ». Cette dernière est accordée à celui « des père et mère » qui aura reconnu le premier les enfants (art. 389 nouv.) ; toutefois, tenant compte du caractère beaucoup plus lâche des liens de parenté qui existent en cette matière, le Code autorise « le tribunal..., si l'intérêt de l'enfant l'exige, de confier la puissance paternelle à celui des parents qui n'en est pas investi par la loi ».

Quant à l'administration des biens personnels de l'enfant naturel, la loi de 1907 organise un organe de haute tutelle, semblable à ceux que nous rencontrerons dans le Code civil allemand et suisse ; elle déclare en effet que « les fonctions dévolues au conseil de famille de l'enfant légitime sont remplies par le tribunal de première instance » (art. 389, § 13) ; l'enfant est toujours placé en tutelle ; ses biens ne sont administrés par ses parents naturels qu'en qualité de tuteurs légaux et sous le contrôle d'un subrogé tuteur (art. 389, § 2).

Telles sont les mesures de protection organisées par la loi de 1907 ; si nous ajoutons que ces dispositions sur la déchéance et la puissance paternelle s'appliquent aussi et surtout en notre matière, on comprendra la supériorité du nouveau système organisé par le Code civil français.

c) *Organisation de l'assistance des enfants.* — Cette organisation ne profite pas seulement aux enfants naturels ; elle concerne tous ceux se trouvant dans les cas visés par la loi ; si nous étudions cette question ici, c'est que l'assistance présente surtout de l'intérêt pour les enfants non légitimes.

1. Ambroise Colin, Rapport au « Projet de loi sur la protection et la tutelle des enfants naturels », *Bull. Soc. Ét. lég.*, 1901-1902, p. 561.

La nécessité de l'intervention de l'Etat « pour élever les enfants abandonnés » a été depuis toujours reconnue ; la Constitution française des 3-14 septembre 1791 demandait déjà, dans son titre premier, « Dispositions fondamentales garanties par la Constitution », § 3, la création d'un établissement général de secours publics ; ce fut la loi du 15 pluviôse an XIII qui organisa la tutelle des enfants assistés, en créant dans ce but les commissions administratives des hospices ; cette loi s'appliquait aux « enfants trouvés » et « abandonnés » ; elle fut remplacée par la loi du 27 juin 1904¹ qui admet l'assistance dans tous les cas prévus par la loi du 24 juillet 1889. Sans nous arrêter plus longuement sur ces questions, nous tenons à relever simplement l'ample protection assurée aux enfants grâce à ce système d'assistance ; non pas seulement la garde, mais l'ensemble des pouvoirs de la puissance paternelle sont confiés à ces nouveaux organes de tutelle ; ils sont exercés dans l'intérêt de l'enfant et ne cessent que lorsque « le tuteur estime, après l'avis du conseil de famille, que la remise (aux parents) est dans l'intérêt de l'enfant » (art. 17, loi 1904).

Il résulte de nos développements que cette protection est de plus en plus efficacement assurée ; alors que le Code de 1804 présentait un caractère nettement individuel et réglementait surtout la famille légitime, les lois de la fin du siècle dernier et du commencement du xx^e assurent la protection des droits de l'enfant naturel ; elles facilitent la recherche de la paternité, développent l'assistance et augmentent les droits de l'enfant dans la famille. Cet ensemble de dispositions fait partie du mouvement social qui, avons-nous dit, s'affirme depuis une trentaine d'années ; elles ont développé une nouvelle vie morale dans le droit et dans le Code civil français.

131. Son caractère nettement individuel, sa préoccupation constante de maintenir la stabilité dans les con-

1. Loi sur le service des enfants assistés.

trats¹ expliquent l'absence du Code de toute disposition générale se référant à l'abus du droit ; nous trouvons sans doute de nombreuses applications de cette notion dans le Code ; il en est ainsi notamment en matière de « louage de choses » (art. 1729), de société (art. 1869), de contrat de travail (art. 1780, § 2) ; mais nous ne rencontrons pas d'article consacrant ce principe expressément.

L'insuffisance du Code à ce point de vue a été souvent relevée. On a dit cependant que cette notion appartenait à la morale plutôt qu'au droit² ; que son introduction dans le Code civil aurait pour conséquence médiate la destruction du droit et de la liberté civile.

Nous verrons dans nos développements qui suivront ce qu'il faut penser de cette théorie ; contentons-nous de constater pour le moment que le Code civil français continue à consacrer dans l'article 544 l'ancienne règle *qui suo jure utitur neminem laedit*. L'acceptation de cette règle dans le Code est cependant assez limitée ; on y apporte déjà de nombreuses exceptions en matière de propriété³ ; le développement du droit industriel a même fait consacrer par la suite, dans le contrat de travail, la règle contraire (art. 1780, § 2). Elle continue cependant à exister, car l'économique l'emporte sur le moral dans le Code civil français.

Cette insuffisance de l'élément moral se manifeste encore en de nombreuses matières ; nous ne rencontrons pas, affirmé dans le Code, le principe général de la prohibition de l'enrichissement injuste ; en cette matière

1. « Le Code civil, suivant la tradition romaine, place au-dessus de tout la stabilité du contrat et en fait l'une des bases de l'ordre social » (Capitant dans sa note sous Dalloz, 1917.2.33).

2. V. cependant Marc Desserteaux, Abus de droit ou conflit de droit, *Rev. trim.*, 1906, qui déclare qu'« elle est susceptible au même titre qu'une autre, de réglementation législative » (p. 139) ; v. aussi Perreau, Les obligations de conscience devant les tribunaux, *Rev. trim. du droit*, 1913, p. 561, qui indique les tendances contraires existant à ce point de vue entre la jurisprudence et la doctrine ; v. Aubry et Rau, t. VI, § 444, p. 340, note 2bis. M. le Professeur Et. Martin y constate que « nous touchons à la confusion de la morale et du droit ». Or, dit-il, « les juges ne sont pas des censeurs » ; v. aussi note Esmein citée S. 1898.1.17 *in fine*.

3. Cela même dans l'art. 544 ; v. surtout art. suiv.

encore, le législateur français se contente de simples applications du principe.

Le débiteur n'est pas suffisamment protégé ; sans doute, le Code limite l'anatocisme (art. 1154-1155) ; il prévoit (art. 1907) que l'intérêt conventionnel ne peut dépasser l'intérêt légal, sauf le cas où la loi l'autorise ; de nombreuses lois spéciales¹ ont tendu à réduire cet intérêt au taux légal.

Une telle limitation est complètement insuffisante ; elle n'accorde pas de pouvoirs suffisants au juge pour réprimer l'usure et pour assurer l'égalité entre les parties. Sa rigueur mathématique, tout en sauvegardant la sécurité dans les transactions, lui enlève la souplesse nécessaire pour s'adapter aux nombreux cas de la pratique ; par là, elle est de beaucoup inférieure aux dispositions que nous rencontrons en cette matière dans le Code civil allemand et suisse. Si nous ajoutons que le législateur français n'admet pas la lésion comme cause générale de nullité des conventions (art. 1118)², qu'il n'autorise pas le juge à diminuer la clause pénale même excessive (art. 1231), on comprendra facilement que la protection intervenue en matière d'usure paraisse la plupart du temps insuffisante.

Certes, le Code civil consacre le principe que les conventions ne peuvent être contraires aux bonnes mœurs (art. 6) ; mais ce principe est limité en matière d'usure par celui de la stabilité des conventions ; le juge n'a pas suffisamment de pouvoirs et il ne peut tenir compte de la situation respective des parties et des abus commis par l'une à l'égard de l'autre.

1. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 5^e éd., t. II, p. 29 et s.

2. M. le professeur Capitant constate, dans son compte rendu du livre de M. René Demogue : *Le Traité des obligations en général*, *Revue trim.*, 1923, que « bien des jurisconsultes approuvent le système du Code qui tient la lésion pour chose indifférente, pour la raison que la valeur des choses est relative et ne peut être à l'avance déterminée par le législateur » (p. 915). Tout en reconnaissant que le système de la lésion tel que le conçoit M. Demogue (« basé non sur l'inégalité des prestations mais sur l'idée d'une inégalité telle qu'elle risque d'atteindre profondément un contractant, une classe ») « a devant lui un bel avenir », il demande de ne « pas abuser de cette notion car on risquerait d'ébranler la foi dans les contrats et d'encourager l'esprit de chicane » (p. 965).

132. L'insuffisance morale du Code paraît encore en matière de responsabilité. Celle-ci ne repose pas sur une notion suffisamment large ; elle ne s'applique pas à un nombre suffisamment grand de personnes.

Quelle que soit la supériorité du système basant la responsabilité sur la faute, il paraît souvent insuffisant : a) Lorsque l'inégalité de fortunes des parties rend la non-réparation du préjudice commis sans faute manifestement injuste ; b) lorsque l'augmentation des risques exige le renforcement de la responsabilité. C'est ce que le législateur français de 1804 n'a pas compris ; c'est ce qu'il ne pouvait comprendre sans le développement industriel qui a suivi.

Le Code ne connaît que les personnes physiques ; il ignore les personnes juridiques ; il ne pouvait donc les déclarer civilement responsables. Cela constitue sans doute une grande lacune non seulement au point de vue économique, mais aussi au point de vue moral.

133. Tel est ce que nous avons à dire sur les facteurs idéaux dans le Code ; si nous ajoutons l'absence de sanctions accordées au nom, la notion restreinte du droit de propriété (le Code ignore la propriété littéraire), on perçoit facilement l'infériorité du Code. Certes, l'élément moral n'est pas absent ; les lois postérieurement insérées dans le Code ¹ y insuffleront une vie idéale nouvelle ; mais la souveraineté de l'individu continue à être trop grande, l'enfant naturel n'est pas suffisamment protégé, la femme mariée n'a pas acquis des droits égaux dans

1. C'est ce que nous avons déjà vu notamment en matières d'assistance et de protection de l'enfance. Il faut d'ailleurs reconnaître que l'éclosion de cette législation sociale est la conséquence du travail de la jurisprudence française. Nous assistons en effet durant tout le xix^e siècle, à une véritable opposition existant entre la jurisprudence et la doctrine ; alors que la doctrine établissait « une cloison étanche entre le droit et la morale », les juges « dès la promulgation de nos Codes... infusèrent la morale dans la législation d'une manière si large et si constante, qu'en l'ignorant on se ferait une idée singulièrement étroite de notre droit pratique... » (Perreau, Les obligations de conscience devant les Tribunaux, *Revue trim. du droit*, 1913, p. 504) ; Thaller, Avant-propos de l'*Œuvre juridique* de R. Saleilles, 1914, p. 19-20 ; v. aussi Josserand, *Essai sur la propriété collective, Livre du Centenaire*, t. I, p. 357 ; Capitant, *Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans, Livre du Cinquantenaire*, t. I, 1923, p. 79.

le ménage, enfin le débiteur est trop souvent à la merci du créancier ¹.

A tous ces points de vue, les Codes qui suivront auront un caractère moral plus affirmé ; c'est ce que nous nous proposons de voir en passant à l'étude du Code civil allemand.

B. — Code civil allemand.

134. L'intérêt que présente l'étude du B. G. B., considérée au point de vue moral, apparaît surtout si l'on compare les deux projets successifs qui y ont abouti ; alors que le premier était encore nettement individualiste ², l'élément moral et social l'emporte dans le second ³ : il suffit, pour s'en rendre compte, de rappeler l'évolution accomplie, tant en matière d'abus de droit, qu'en matière de propriété.

Se conformant au Code prussien ⁴, le premier projet n'appliquait l'abus du droit que d'une façon restreinte ; il en est tout autrement dans le Code civil d'aujourd'hui : la notion consacrée par lui est beaucoup plus large, ainsi que nous le verrons plus tard.

Il en est de même en matière de propriété : traitant des pouvoirs du propriétaire, l'article 48 du premier projet employait le mot « nach Wilkung » ⁵ ; or ce mot fut effacé par la suite dans le second projet ⁶.

1. Voir notamment Duguit, *Etudes de droit public. L'Etat, le Droit, objectif et la Loi positive*, t. I, 1901, qui croit que « toute la législation positive de nos Codes a été établie sur le fondement du droit individuel ; ... Or le droit est social, exclusivement social. Cette autonomie entre les législations positives et la conscience moderne est, à notre avis, une des causes profondes du malaise dont souffrent nos sociétés » (p. 13).

2. V. Gierke, *Der entwurf eines B. G. B.*, 1888 ; Antoine Menger, Le rôle social de la science du droit, *Rev. d'Econ. pol.*, janvier 1896, p. 62.

3. Voir Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I : « Le B. G. B. a... une direction qui vise l'avenir en ce qui concerne le domaine social. Il accorde une protection équitable aux faibles contre les forts... » (p. 55) ; même sens, Behrend, *Der Entwurf eines Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag* 1901 : « ...les grandes codifications dans lesquelles la liberté de contracter fut limitée en faveur de la partie plus faible économiquement » (p. 22).

4. De 1794.

5. Arbitrairement.

6. V. art. 903 B. G. B. Voir aussi Code civil allemand, traduction Office de législation étrangère, t. II, 1906, notes sous art. 903.

Ces deux exemples que nous venons de citer¹ prouvent tout le chemin parcouru en quelques années. Le nouveau Code a un caractère nettement social ; il protège les faibles, tant en matière de travail, de louage, que d'usure ; il élargit la capacité de la femme et assure la protection de l'enfance.

L'élément moral lui-même n'est pas absent du Code ; le législateur allemand le consacre expressément en plusieurs articles. C'est ce que nous verrons dans nos développements qui suivront.

Nous conformant au plan déjà suivi, nous étudierons dans diverses sous-sections la famille, l'enfance, l'abus de droit, la responsabilité, l'usure. Mais avant d'y passer, nous tenons à examiner brièvement le rôle du facteur moral dans la protection de la personnalité.

135. Protection de la personnalité. — Cette protection se réalise dans le Code civil allemand à un double point de vue : a) Par la sanction accordée à la matière du nom ; b) par l'ensemble de mesures destinées à garantir la santé et la moralité des ouvriers et des personnes physiques en général.

a) *Sanction du nom.* — Le législateur allemand élargit la protection juridique ; il protège le droit au nom et le crédit moral ; il considère le nom « comme un droit absolu de l'individu ... », comme « un élément de la personnalité envisagée au point de vue social² ».

Partant de cette conception très large, il accorde à l'ayant droit une double sanction ; une action pour le cas où une autre personne s'est servie de son nom, ou pour le cas où cette personne lui en conteste l'usage (art. 12).

La supériorité d'un tel système est indéniable ; en consacrant le droit de propriété au nom, le législateur allemand a marqué le besoin qu'il y avait à protéger

1. Et nous pourrions en citer bien d'autres.

2. *Code civil allemand, op. cit.*, t. I. Notes sous article se référant au droit au nom.

non seulement les intérêts matériels, mais encore les intérêts d'honneur, n'ayant qu'une simple valeur morale.

Cela est d'autant plus intéressant à noter que cette disposition constitue une exception au principe contraire établi par le Code en matière de propriété ; en effet, l'article 903, qui établit les droits du propriétaire, limite d'une façon excessive la notion de propriété, en l'appliquant seulement aux objets corporels¹. Une disposition telle que celle de l'article 12 consacre non seulement un progrès économique indiscutable², elle a aussi et surtout une grande valeur morale.

b) *Mesures destinées à garantir la santé et la moralité des ouvriers.* — Ces mesures de protection apparaissent surtout en matière de travail ; elles existent cependant aussi en d'autres matières. Il en est ainsi notamment pour la rupture du bail se référant à une maison malsaine ; le Code permet cette rupture d'une manière générale, toutes les fois qu'un danger sérieux pour la santé peut résulter de son utilisation³ ; la valeur morale d'une telle disposition doit être relevée, puisqu'elle place la protection de la santé au-dessus de la stabilité des conventions.

C'est surtout en matière de travail que le législateur accorde une importance toute nouvelle aux facteurs moraux. On a dit avec raison que « le devoir moral y a été élevé à la hauteur d'un devoir juridique absolu⁴ ».

Ces devoirs sont nombreux : ils se réfèrent d'abord à l'assistance et aux soins médicaux nécessaires en cas de maladie de l'obligé aux services vivant avec son patron (art. 617), à l'obligation de fournir et de maintenir « les locaux, installations et ustensiles » dans des conditions telles que « l'obligé soit protégé contre tout

1. En limitant le droit de propriété aux choses susceptibles d'appréhension, le Code civil allemand marque un progrès par rapport au Code civil français.

2. En ce qu'elle assure et augmente son crédit.

3. V. art. 544. V. aussi notes existant sous cet art., Code civil allemand, t. II, 1906, p. 87.

4. Code civil allemand, *op. cit.*, t. II, p. 153.

danger pour sa vie et sa santé, autant que la nature de la prestation des services le permet » (art. 618).

Ces dispositions consacrent, en matière de travail, une responsabilité beaucoup plus grande que celle rencontrée dans le Code civil français ; elles sont l'expression des tendances sociales existant au moment de la rédaction du Code civil allemand. En assurant plus de justice dans les rapports du salarié et du patron, elles renforcent l'élément moral dans le droit ; aussi écartent-elles le droit à l'assistance, pour le cas où la maladie a été contractée « par le fait intentionnel ou négligence grossière » (art. 617). Cette disposition a passé dans toutes les législations modernes ; l'intérêt individuel ne peut, en effet, l'emporter sur l'intérêt général de la production¹ ; la moralité elle-même dans la loi exige d'écarter cette protection pour le cas de dol.

Le Code protège encore « la santé, la moralité et la religion de l'obligé », pour le cas où ce dernier a été admis dans la communauté de vie domestique de l'ayant droit aux services ; celui-ci est alors obligé par la loi à prendre les mesures nécessaires dans ce but².

On voit ici encore s'affirmer d'une façon absolue le droit pour l'ouvrier à la protection des différents attributs de sa personnalité ; désormais, dans le Code civil allemand, chacune des parties a non seulement des droits, mais des obligations ; le caractère profondément individualiste rencontré dans le Code civil français est absent en cette législation. On y trouve un droit plus social, une importance nouvelle accordée au côté moral du droit. Ce sentiment plus humain, plus moral, nous le rencontrerons aussi en matière de famille.

136. Famille. — Nous l'avons déjà dit souvent : c'est surtout en droit de famille que s'affirme le caractère

1. Aussi les Codes civils modernes, tout en établissant un minimum de salaire insaisissable, écartent cette règle pour indemnité due à raison de dommage causé par dol. V. art. 340, al. 2, C. O. S., 394 B. G. B.

2. Ces mesures concernent les locaux destinés à l'habitation et au coucher... la nourriture et également le temps de travail et de repos.

personnel et individuel du droit national. Il en est ainsi notamment pour le Code civil allemand, dans la matière que nous nous proposons d'aborder maintenant ; le côté moral et social du droit allemand, de la fin du siècle dernier, s'exprime en de nombreuses dispositions. Nous y trouvons exprimé un droit plus développé de la personnalité de la femme et de l'enfant ; le facteur moral lui-même y acquiert une importance beaucoup plus grande que celle qu'il avait dans le Code civil français.

a) Développement de la personnalité de la femme et de l'enfant. — C'est le premier trait qui se dégage du Code civil allemand ; la famille apparaît comme une association soumise sans doute à une direction unitaire, mais conférant des droits égaux aux époux, et créée surtout en vue de l'intérêt des enfants.

A côté de la famille apparaissent d'autres organes chargés d'assurer cette protection : c'est le tribunal de baillage jouant le rôle de tribunal de tutelles, investi de pouvoirs très larges non seulement pour la constitution et la surveillance des tutelles, mais pour la surveillance et l'intervention dans la puissance paternelle ; enfin, c'est le conseil communal des orphelins jouant un rôle de pur renseignement auprès du tribunal.

Nous avons déjà parlé du développement de la capacité civile de la femme mariée ; aussi n'y reviendrons-nous pas. Nous tenons simplement à ajouter que la mère de famille acquiert désormais avec son mari des droits égaux sur la personne et les biens de ses enfants ; le législateur allemand étudie en effet à la suite de la puissance paternelle (art. 1626-1683), la puissance maternelle de la mère (art. 1684-1698).

De plus, le Code protège la personnalité de la femme mariée en permettant au tribunal de tutelles d'intervenir dans les rapports des époux ; cela d'abord, lorsque le mari refuse de donner son assentiment et que ce refus constitue un abus ; le tribunal peut alors sup-

pléer au consentement du mari (art. 1358). Cela aussi, lorsque les époux sont séparés et que la demande de l'un d'entre eux en vue du rétablissement de la vie commune se présente comme un abus de son droit (des effets du mariage en général, art. 1352, § 2). Enfin le Code élargit le droit successoral de l'époux survivant, en le considérant comme un héritier légitime venant à la succession pour une part importante.

On comprend la supériorité de ce système ; cette supériorité s'affirme aussi par rapport à la protection accordée aux enfants.

Cette protection apparaît dès le commencement ; en effet, alors que le Code civil français ne consacre que dix-sept articles à la puissance paternelle, le B. G. B. en contient plus de soixante-dix : à côté de la puissance appartenant au père (art. 1626-1683), le Code place celle accordée à la mère (art. 1684-1698) ; il y réglemente l'ensemble des problèmes que pose l'exercice de la puissance paternelle. Ces problèmes se réfèrent à l'administration des biens et au pouvoir du père sur la personne des enfants.

a') Nous avons déjà indiqué l'infériorité du Code civil français au point de vue de l'administration des biens personnels de l'enfant ; il en est tout autrement dans le B. G. B.

On y voit apparaître, à côté de l'autorité du père de famille, celle du tribunal de tutelles. L'intervention de ce dernier est exigée pour autoriser les actes les plus graves de cette administration (art. 1683).

Le tribunal peut aussi imposer au père des mesures de protection, pour le cas où « le patrimoine de l'enfant est mis en péril » par sa déconfiture ou par sa mauvaise gestion. Bien plus, l'administration des biens elle-même peut lui être enlevée, lorsque le père a lésé le droit de l'enfant à l'entretien ou lorsqu'il y a lieu de craindre pour l'avenir que son entretien ne soit gravement compromis (art. 1667). Enfin, lorsqu'à la suite de la mort de la mère, le père se remarie, il peut être

obligé par le tribunal à rendre comptes, à faire inventaire, à donner des sûretés (art. 1668-1669).

Il résulte de cet ensemble de dispositions que les pouvoirs absolus appartenant au père sur les biens de ses enfants n'existent plus dans le Code civil allemand. Les biens personnels de ceux-ci forment un patrimoine à part dont l'administration et l'usufruit appartiennent au père de famille ; mais ces droits accordés au père, le sont en vue d'un but bien déterminé : celui de l'entretien des enfants. Lorsque ce but ne peut être atteint par suite de la mauvaise gestion ou de la déconfiture du père, il appartient au tribunal de tutelles d'intervenir ; par là on assure le maximum de protection aux biens des enfants.

a") Les changements accomplis en matière de biens se manifestent aussi quant à la personne des enfants ; ici encore les pouvoirs absolus du père de famille ont cessé d'exister : le Code déclare en effet expressément que, lorsque « l'intérêt moral ou physique de l'enfant est en péril par le fait que le père mésuse du droit de prendre soin de sa personne, néglige l'enfant ou se rend coupable d'actes infamants ou immoraux, il appartient au tribunal de tutelles de prendre des mesures nécessaires pour parer à ce danger. Le tribunal de tutelles peut notamment prescrire que l'enfant sera placé, pour y être élevé, soit dans une famille convenable, soit dans une maison d'éducation ou de corection » (art. 1666).

On perçoit facilement toute l'importance de cette disposition ; le père peut être déchu des pouvoirs lui appartenant lorsque l'intérêt de l'enfant vient à être atteint ; il en résulte désormais que la puissance paternelle apparaît comme une fonction sociale n'accordant pas toujours des droits mais imposant surtout des obligations ; que celles-ci concernent non seulement les intérêts matériels mais aussi ceux ayant une valeur purement morale. La loi ne peut faire abstraction de ces derniers qui se réfèrent à l'éducation et à la person-

nalité même de l'enfant ; l'intérêt d'avenir de l'Etat exige l'intervention du tribunal de tutelles pour suppléer dans ce cas à la défaillance de la famille ¹.

Cet ensemble de dispositions présente un caractère nettement moral en ce qu'il protège et assure le développement de la personnalité de la femme et des enfants sous leurs différents aspects.

b) Facteur moral en matière de droit de famille. — Ce caractère moral du Code apparaît encore en de nombreuses dispositions du droit de famille : il en est ainsi notamment en matière de constitution de dot, d'obligation d'entretien, de nullité du mariage.

b') Constitution de dot. — S'opposant ici encore au Code civil français, le B. G. B. impose aux parents l'obligation de doter leurs filles (art. 1620) ; une telle disposition répond à un sentiment profondément humain. Son caractère moral est traditionnel ² ; aussi n'y insisterons-nous pas.

b'') Obligation d'entretien. — Elle répond à un sentiment de solidarité qui doit unir les membres d'une même famille ; aussi n'est-elle pas exigée que pour le cas de besoin. Le législateur allemand lui consacre un grand nombre d'articles (art. 1601-1615) ; il y a lieu de relever parmi ceux-ci la disposition de l'article 1611 : cette disposition déclare expressément « quiconque est tombé dans le besoin par sa *faute morale* ne peut réclamer que l'entretien strictement nécessaire ». On perçoit ici encore l'importance accordée par le législateur allemand au facteur moral, puisqu'il lui permet de limiter l'obligation d'entretien. Une telle disposition a non seulement un intérêt pratique ; elle répond à un sentiment profond d'équité.

1. L'art. 135 de la Loi d'introduction autorisait chaque Etat confédéré « de diriger l'éducation de l'enfant, — en cas de danger moral... ou quand les parents ont subi des peines graves », Scherer, *Code Napoléon et Code Guillaume II*, 1929, p. 23.

2. Elle existait aussi dans l'ancien droit français.

b''') *Nullité du mariage*. — L'importance nouvelle accordé au facteur moral apparaît surtout en matière de nullité de mariage. En effet, alors que le Code civil français (art. 1705) ne l'admet que pour cause d'erreur sur la personne physique, le B. G. B. l'étend à l'erreur sur les qualités morales sociales ou civiles (art. 1333).

La famille, telle que la conçoit le législateur allemand, est une association « reposant sur l'égalité des deux sexes ¹ » ; elle est la base de la société civile : aussi appartient-il « à l'Etat et aux communes de veiller à sa pureté, à sa santé et à son amélioration sociale ² ».

Cette association est créée en vue de la protection des enfants à naître ; en cas de défaillance, l'Etat doit intervenir : car « la jeunesse doit être protégée contre l'exploitation, ainsi que contre l'abandon moral, intellectuel ou physique ³ ».

137. L'enfance. — Le Code civil allemand protège la famille légitime fondée sur le mariage ; il la considère comme base de la société civile.

Le développement des idées sociales, à la fin du siècle dernier, ont rendu impossible la méconnaissance des droits de l'enfance.

Aussi trouvons-nous consacré par le B. G. B. un système mixte : le législateur facilite la recherche de la paternité, mais l'enfant n'est jamais le parent de son père ; de plus, le Code organise un ensemble de mesures destinées à protéger l'enfant naturel.

a) Le Code allemand innove en cette matière d'une façon assez curieuse : il établit une présomption de paternité à l'égard de celui « qui a cohabité avec la mère dans le temps de sa conception » (art. 1717) ; une disposition si libérale facilite pour beaucoup l'exercice de l'action en recherche de la paternité ; aussi

1. Art. 119, al. 1 de la nouvelle Constitution allemande.

2. Art. 155, al. 1 de la Constitution.

3. Art. 118, al. 3 de la nouvelle Constitution.

a-t-on pu craindre avec raison que le législateur allemand « ne soit allé trop loin¹ », et cela, pour un résultat assez minime.

Nous ne le croyons certes pas ; en élargissant l'exercice de cette action, le Code civil allemand a pu ouvrir la voie à plus de scandales que les législations qui prohibaient la recherche ; peut-être même, en renversant la charge de la preuve, a-t-il facilité l'abus en cette matière² ; mais cette présomption est exclue « pour le cas de cohabitation de plusieurs dans le même temps » (art. 1717 fin), ou lorsqu'il y a eu « impossibilité de conception de la part de celui qui a cohabité ». Pour les autres cas, quelles que soient les difficultés qui en résultent, un tel système est de beaucoup supérieur à celui rencontré dans le Code civil français. En rendant chacun plus responsable de ses actions, il facilite pour beaucoup le développement moral du droit ; il protège en même temps la famille légitime, en écartant tous liens de parenté entre l'enfant reconnu et son père naturel.

b) La méconnaissance des liens de parenté (art. 1598) s'explique par l'impossibilité de l'établir d'une façon certaine et par le désir de protéger la famille légitime³ ; aussi, même reconnu, l'enfant n'a aucun droit de succession dans les biens de son père⁴, mais celui-ci doit veiller à son entretien. Le Code transforme cette obligation en une véritable dette civile envers la mère et les parents maternels de l'enfant (art. 1709) ; elle subsiste jusqu'à ce que l'enfant ait atteint seize ans

1. Raoul de la Grasserie, *op. cit.*

2. Une solution parfaite en cette matière nous paraît, sinon impossible, du moins difficile.

3. Cette distinction a été critiquée et « rangée plutôt parmi les progrès que parmi les progrès » Raoul de la Grasserie, Code civil allemand, p. XXI. Elle n'existe d'ailleurs plus dans le projet soumis au Reichstag le 11 janvier 1929 : « Le père n'est pas seulement sujet à l'obligation de subvenir à la subsistance de l'enfant : il existe entre lui et l'enfant un lien de famille pouvant aller jusqu'à l'octroi de la puissance paternelle. Par contre les pères présumables (concubins) ne sont tenus qu'à l'obligation alimentaire » (professeur Dr Theodor Kipp, Berlin, *Der Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen kinder und die Annahme an kinder Statt*, Deutsche Juristen Zeitung, 1929, Heft 7, p. 461).

4. Celui-ci peut cependant disposer en sa faveur par testament.

et même après, lorsque, par suite « d'infériorités physiques ou intellectuelles », il ne peut subvenir à ses besoins¹.

Tenant compte des considérations morales qui militent en faveur de cette dette, le Code déclare qu'elle passe aux héritiers, alors même que le père est mort avant la naissance de l'enfant (art. 1712) ; de plus, pour assurer la protection de l'enfant en cette matière, le Code demande l'intervention du Tribunal de tutelles, pour approuver « toute convention entre le père et l'enfant, sur l'entretien à venir ou sur le règlement de nature à le désintéresser en guise de pension alimentaire » (art. 1714) ; il ajoute même que « la renonciation gratuite à l'entretien pour l'avenir est nulle ».

Si nous rappelons que le père peut être condamné, dès avant la naissance de l'enfant, « à la demande de la mère et par mesure provisionnelle » (art. 1716), on comprendra facilement la supériorité de cette réglementation. L'enfant naturel n'est pas le parent de son père, mais un simple créancier d'aliments ; le Code civil allemand protège ainsi d'une façon très efficace l'enfance². Il en est de même quant aux dispositions par lesquelles le Code régit la maternité naturelle ; à ce point de vue cependant, la protection de l'enfant a été poussée trop loin, et cela, au préjudice de la famille légitime.

Le législateur allemand accorde à l'enfant naturel vis-à-vis de la mère et vis-à-vis des parents de celle-ci, la condition légale d'enfant légitime (art. 1705) ; il ajoute même que cela est vrai également pour le cas de parenté adultérine ou incestueuse. Une telle disposition, loin

1. Nous tenons aussi à relever la modification apportée par le projet soumis au Reichstag le 11 janvier 1929 ; tout en déclarant que « si l'enfant après 16 ans accomplis, mais avant sa 25^e année, devient infirme, l'entretien complet est de droit », le projet ajoute : « mais si l'enfant a contracté l'infirmité *par suite d'une faute morale*, l'entretien est réduit au strict nécessaire » (art. 1709, al. 2), cité d'après professeur Dr Theodor Kipp, Berlin, *Der Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen kinder und die Annahme an kinder statt*, Deutsche Juristen Zeitung, 1929, Heft 7, p. 463.

2. Au moins pour ce qui concerne l'entretien, aussi nous ne pouvons admettre les critiques de M. Raoul de la Grasserie au sujet de l'absence de « franchise législative » du Code civil allemand. Code civil allemand, p. XXI.

de renforcer les liens du mariage, n'arrive qu'à les rendre plus lâches¹ ; aussi ne comprenons-nous pas qu'elle ait été suivie par le législateur allemand.

La protection de l'enfant résulte aussi de l'ensemble des dispositions législatives existant en cette matière. Le Code tient compte des qualités morales inférieures qu'on rencontre souvent chez les parents naturels : aussi, alors que la mère légitime a toujours² la puissance paternelle sur ses enfants³, l'article 1707 du B. G. B. la refuse à la mère naturelle : celle-ci n'a que « le droit et le devoir de prendre soin de la personne de l'enfant » (art. 1707).

L'enfant est toujours mis en tutelle ; c'est au juge des tutelles qu'il appartient de la nommer ; il lui appartient aussi, ainsi qu'au conseil communal des orphelins, de surveiller la façon dont cette tutelle est exercée : la loi le déclare responsable en cas de défaillance à ses obligations (art. 1839, § 2).

Il résulte que cette protection est amplement assurée : en facilitant la recherche de la paternité, en imposant l'obligation d'entretien, enfin en déclarant l'égalité par rapport à la mère entre les enfants naturels et les enfants légitimes, le B. G. B. a ouvert la voie, en cette matière, à toute une nouvelle évolution morale du droits⁴.

Ces innovations ont certes marqué un réel progrès du facteur idéal dans le droit ; elles ont cependant constitué quelquefois une atteinte à la protection de la famille basée sur le mariage. Cela est d'autant plus intéressant à noter que l'importance du mariage comme

1. Voir Raoul de la Grasserie, *op. cit.*

2. En l'absence du mari.

3. Le tribunal peut cependant lui adjoindre un conseil pour l'aider dans sa tâche.

4. Qui fut consacré en dernier par la Constitution de Weimar et le projet sur les enfants naturels dont nous parlerons plus tard. Les art. 120-121 de la Constitution de 1919 déclarent déjà que le développement physique, moral, intellectuel des jeunes générations est le premier devoir et le droit naturel des parents. La société politique surveille la façon dont ils s'en acquittent ». Et l'art. 122 ajoute que la législation doit « protéger le développement des enfants naturels comme celui des enfants légitimes ».

facteur moral dans le droit a toujours été reconnue par le législateur allemand ; vingt ans encore après la rédaction du Code civil allemand, le législateur constituant¹ déclarait que « le mariage, en tant que fondement de la vie de famille, de la conservation et de l'accroissement de la nation, est placé sous la protection particulière de la Constitution² ».

138. Abus de droit. — Cette notion est traditionnelle en Allemagne ; le Landrecht prussien y consacrait déjà quelques articles³ ; il en faisait même une application expresse à la matière de la propriété⁴. Ce système fut suivi par le premier projet du Code civil allemand ; il en fut de même dans le deuxième projet. Ce dernier en fait une application beaucoup plus large⁵, cela, tant en matière de famille⁶, que d'obligation⁷ ou de propriété⁸.

Le système allemand suppose non seulement un acte *contraire au droit*, mais encore la connaissance de cette contrariété chez celui qui l'accomplit ; la nécessité de cette intention apparaît tant dans l'article 226 que dans l'article 826, § 3. En subordonnant l'annulation de l'acte juridique à la preuve de cette intention, le législateur allemand a diminué l'arbitraire du juge⁹.

1. Constitution de Weimar, 11 août 1919, traduite et annotée par Joseph Dubois, 1920.

2. Art. 119.

3. Art. 36 et 37, se référant à l'exercice du droit, cités d'après Cam-
pion, *L'abus du droit*, Bruxelles, 1925.

4. Art. 27-28 du Landrecht prussien appliquaient le principe de l'abus
du droit au droit de propriété.

5. Le principe, consacré par le Bundesrath pour l'exercice de la
propriété, fut étendu à tous les droits par le Reichstag, art. 226 ; Planck,
Bürgerliches Gesetzbuch, t. 1, p. 48.

6. Art. 1357 en matière de puissance maritale, 1666, puissance pater-
nelle.

7. Voir surtout l'art. bien connu 138, al. 2 du B. G. B.

8. Tel est le cas de l'art. 905 pour la propriété du dessus et du dessous ;
l'art. 906 pour les troubles du voisinage, etc. ; l'art. 905 du B. G. B., tout en
déclarant que la propriété d'un immeuble comporte celle du dessus et du
dessous, ajoute : « néanmoins le propriétaire ne peut s'opposer à ce qui se
fait à une telle profondeur ou à une telle hauteur qu'il n'a aucun intérêt
à l'empêcher ».

9. C'est ce que croyait notamment Saleilles : « L'arbitraire n'existe
plus... lorsqu'il n'est question que d'une seule et unique condition carac-
térisée... par la prépondérance, ou plutôt par l'existence exclusive, de cette

On a cependant critiqué ce système en prétendant qu'il était ou inutile ou injuste¹ ; qu'en livrant la liberté civile à l'arbitraire du juge, il pouvait donner lieu aux pires difficultés. On a même prétendu que la notion d'abus de droit elle-même ne se concevait pas², puisque « le droit cesse là où l'abus commence³ ».

Certes, cette notion a une valeur surtout morale ; mais le développement de la vie sociale a rendu son intrusion dans le droit, et partant dans le Code, absolument nécessaire. On ne conçoit plus désormais des droits purement individuels ne présentant pas de côté social⁴. L'abus de droit apparaît « comme un correctif à la conception trop individualistes des droits subjectifs⁵ » ; son caractère flexible, ses contours lâches permettent aux juges de faire évoluer les articles du Code avec les besoins tou-

intention malicieuse et nuisible, en dehors de tout intérêt légitime » (De l'abus du droit, Rapport présenté à la 1^{re} sous-commission de Révision du Code civil, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, p. 346).

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, p. 285; Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, p. 276 et s.; voir aussi Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, p. 422, note 2.

2. Voir V. Esmein, note S. 1898.1.27 : « en entrant dans la recherche des intentions, on substitue... la faute morale à la faute juridique et on transforme nos juges en censeurs » et l'auteur relève le grand arbitraire qui peut en résulter; professeur A. Martin, L'abus du droit et l'acte illicite, *Extrait de la Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, N. F. XXV, p. 34; v. même sens, professeur E. Bartin. Le distingué civiliste de la Faculté de droit de Paris, croit que cette notion vise non pas à sanctionner l'intention de nuire, mais à réprimer « plus généralement l'intention contre laquelle on peut élever d'un point de vue social et humanitaire, des critiques plus ou moins justifiées ». Or « les juges ne sont pas des censeurs » et l'auteur croit se trouver en présence d'une véritable « confusion de la morale et du droit » (Aubry et Rau, t. VI, n° 444, p. 340, note 2 bis).

3. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 871.

4. Voir Duguit, *L'Etat*, t. I, p. 13; v. aussi Joseph Delpach, Code civil allemand, *Annales de la Faculté de droit d'Aix*, 1907. Parlant de la consécration par le C. civ. all. de l'abus du droit, l'auteur ajoute : « l'on ne saurait à mon gré trop se réjouir de voir couvert de l'autorité des textes... le principe fondamental à toute société et de toute législation, que le contenu d'un droit n'est jamais illimité et que le droit — distinct de la morale individuelle et non qualifié pour en consacrer les exigences, — ne saurait, par contre, sans préjudice grave pour la conscience publique, se mettre en désaccord avec ce que réclament la morale et l'évolution sociale » (p. 156); Josserand, *Cours de droit civil français*, 1930, p. 102-103.

5. Cornil, *Droit privé*, 1924, p. 174; même sens Duguit, qui croit que la notion d'abus de droit « est un procédé inventé par les juristes pour écarter les conséquences qui découlaient logiquement du caractère absolu du droit de propriété, et maintenir en même temps ce caractère » (*Les transformations générales du droit privé*, 1912, p. 199); v. aussi Josserand, *Dalloz* 1913, II, p. 177; enfin Campion, qui constate que : « la théorie de l'abus du droit permet la transformation sans heurts et par simple évolution, du droit individuel en droit social » (*L'abus du droit*, Bruxelles, 1925, p. 320).

jours nouveaux de la vie ; aussi cette notion est-elle surtout nécessaire dans les matières de droit les plus sujettes à évolution : il en est ainsi notamment dans le droit de travail.

Le caractère évolutif et peu précis de cette formule peut présenter de grands dangers ; il peut permettre l'immixtion du juge dans la sphère abandonnée à l'activité individuelle ; il peut conduire alors à la destruction de toute initiative privée¹. C'est ce que le législateur allemand a compris ; aussi, tout en élargissant la notion d'abus de droit, tout en considérant comme tels les actes déloyaux contraires aux bonnes mœurs (art. 826), il a limité son application en la subordonnant à l'existence d'une intention nocive.

Quelle que soit l'importance qui doit être accordée à l'activité individuelle de chacun, la moralité dans le droit exige de limiter cette activité, lorsqu'elle abuse de son autorité ; comment pourrait-on y arriver, sinon par des formules suffisamment larges qui permettent au juge d'intervenir ? De là, les nombreuses dispositions existant dans le B. G. B., tant en matière d'abus de droit que d'usure.

139. Le système consacré par le Code civil allemand en matière d'usure, présente un intérêt indiscutable pour notre chapitre.

Tout en maintenant le principe de la liberté des conventions synallagmatiques, le législateur allemand y a réprimé l'abus : cela non pas seulement en matière de fixation d'intérêt conventionnel, mais dans tous les cas où l'une des parties « exploite le besoin, la légèreté ou l'inexpérience de l'autre », pour se faire promettre ou fournir une prestation, « d'une disproportion choquante » par rapport à celle qu'il fournit lui-même (art. 138).

Cette disposition, introduite seulement dans le

1. L'art. 226 « peut être un article né-mort, selon le développement de la jurisprudence, mais il peut aussi signifier la destruction de toute confiance en des droits bien acquis et en la sécurité contre des débiteurs malhonnêtes » (Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, p. 49).

deuxième projet du B. G. B.¹, est le résultat de tout un travail législatif, accompli d'abord en matière de droit pénal, avant de recevoir une sanction en droit civil² ; il a consisté à appliquer à tous les contrats commutatifs les règles établies d'abord en matière d'usure.

La nouvelle disposition, inscrite dans l'article 138, accorde au juge de très larges pouvoirs pour apprécier non seulement l'existence de l'abus, mais aussi la disproportion des prestations³. On a invoqué, à l'encontre de ce système, l'inconvénient que présentait cette formule « d'être un peu vague » et « de créer une certaine insécurité » ; on a même soutenu la supériorité de la fixation d'un quantum déterminé⁴.

Tout en reconnaissant la part de vérité de ces allégations, nous croyons cependant que le système du Code civil allemand en matière de lésion est de beaucoup préférable à celui de la limitation à un quantum, qui est celui appliqué dans la législation française⁵.

L'histoire du droit prouve que toute limite trop précise existant en cette matière est impossible, puisque ne satisfaisant pas suffisamment le but poursuivi ; il

1. Gounot, *op. cit.*

2. La loi pénale du 24 mai 1880 applique le nouveau principe au contrat de prêt ; la loi du 9 juin 1893 l'étend à tous les contrats commutatifs. Enfin l'art. 138, al. 2 « sur le terrain du droit civil et... avec des conditions d'application bien autrement larges, prohibe au nom de la moralité sociale, tout acte juridique entaché d'abus », Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse Dijon, 1912, p. 441.

3. « La portée de tels textes dépasse singulièrement la vieille question de l'usure. Par ces déclarations... c'est toute une conception nouvelle de la justice contractuelle qui pénètre dans le droit » (Gounot, *op. cit.*, p. 442). Nonobstant ces pouvoirs, on a dit qu'ils étaient insuffisants pour protéger le salaire « contre l'exploitation quasi-usuraire ». « Le moyen que fournit l'art. 138 est trop peu efficace ; en en élargissant les applications, ce ne serait toujours qu'au cas légal visant l'exploitation viciée que la règle juridique apporterait la sanction civile », Frants, cité d'après Escara, La lésion dans le contrat de travail, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 242. Voir aussi Demogue *Traité des obligations*, t. I, p. 693.

4. Demogue, Rapport présenté sur la proposition de loi de MM. Guibal et Dupin, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1922.

5. Nous croyons en effet qu'il faut accorder au juge de très larges pouvoirs pour leur permettre de réprimer les différentes espèces d'usure ; v. même sens, Escara, *op. cit.* ; v. aussi intervention dans la discussion du projet de loi Guibal sur la lésion, de M. le doyen de la Faculté de droit de Genève, Paul Moricaud : l'auteur constate « qu'il était impossible de fixer un chiffre, vu l'extrême diversité des circonstances », et il ajoute : « on s'est mis (alors) à la recherche d'un critère de l'usure, et l'on est arrivé à l'idée de disproportion » (*Bull. Soc. Et. lég.*, p. 32-33).

peut, en effet, y avoir usure ou lésion, sans que le montant de l'intérêt ou que la disproportion de prestation atteigne le quantum établi par le législateur ; tout dépend des circonstances existant au moment de l'élaboration de l'acte juridique.

La disposition de l'article 138 du B. G. B.¹ est une règle ayant un caractère nettement moral ; elle n'admet pas de précision mathématique. La sécurité du droit en souffrira, mais cela n'est que la conséquence nécessaire résultant de la nature de toute disposition morale. Tels sont les motifs qui nous font affirmer la supériorité du système inauguré par le législateur allemand en matière d'usure et de lésion.

140. L'importance qu'acquiert le facteur idéal dans le B. G. B. apparaît aussi en matière de responsabilité. Le législateur allemand ne réprime pas seulement les faits contraires au droit, mais aussi les faits déloyaux ; tout en maintenant la responsabilité basée sur la faute, il y apporte des dérogations.

a) S'opposant en cela au Code civil français, le législateur allemand substitue à la formule unique de l'article 1382 un grand nombre de cas spéciaux² ; il y sanctionne non seulement les actes contraires au droit, susceptibles de causer un préjudice à autrui, mais aussi les faits déloyaux (art. 826) ; il élargit par là, pour beaucoup, la sphère de la responsabilité légale. Désormais, la loi civile réprime les faits contraires aux bonnes mœurs ; elle protège la personnalité humaine, en sanctionnant par des dommages-intérêts les atteintes à ses différents attributs³.

b) Le législateur allemand maintient l'ancienne règle

1. V. même sens Paul Moricaud¹ (doyen de la Faculté de Genève), à propos de la « Discussion du projet de loi sur la lésion de Guibal », *Bull. Soc. Et. lég.*, 1922, p. 32-33, 46 ; v. aussi M. le cons. Fabry, qui trouve la limitation d'outre-moitié « arbitraire, injuste et inapplicable », *Bull. Soc. Et. lég.*, 1922, p. 47.

2. V. art. 842-863 du L. II, sect. VII, t. 25 : « des Faits illicites ».

3. Tels que la vie, le corps, la santé, la liberté, la propriété. V. art. § 23 qui les énumère tous.

de la responsabilité basée sur la faute ; un tel système a été souvent critiqué, même en Allemagne¹ ; il nous semble cependant de beaucoup supérieur à celui qui consisterait à fonder la responsabilité sur le risque. On a dit avec raison que ce dernier n'était « ni juste ni équitable² » ; qu'il arrivait à détruire toute initiative individuelle qui était à la base du droit même³ ; aussi fallait-il maintenir dans le Code l'ancienne règle de la responsabilité, tout en y apportant des dérogations nécessaires par des lois spéciales⁴.

Ce système de la responsabilité-faute peut souvent donner lieu à des iniquités ; il en est ainsi notamment lorsque l'inégalité économique des parties rend la réparation du préjudice commis sans faute absolument nécessaire.

C'est ce qu'a compris le législateur allemand ; aussi a-t-il inscrit dans le deuxième projet du B. G. B., article 829, l'obligation de réparer le préjudice commis sans faute, « dans la mesure où, d'après les circonstances et en particulier d'après la situation respective des intéressés, l'équité exige un dédommagement ». L'équité, la moralité dans le droit, tels sont les motifs qui nécessitent cette réparation⁵ ; loin de craindre avec certains que cette question « était de simple équité » et « ne constituait pas de principe juridique⁶ », le législateur allemand l'a consacrée dès son second projet et a ouvert ainsi la voie à de nouveaux rapprochements du droit et de la morale.

141. Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet du facteur moral dans le Code civil allemand. Quelle que soit l'institution où nous ayons poussé

1. Gierke, *Der Entwurf eines B. G. B.*, 1888, avait critiqué ce système dès le 1^{er} projet ; il demandait de le remplacer par la responsabilité-risque.

2. Planck, *Zur kritik des Entwurfes eines B. G. B.*, *Archiv für die Zivilistische Praxis*, t. 75, p. 390.

3. Planck, *op. cit.*, p. 390.

4. Planck, *op. cit.*, p. 393.

5. Schultz Henrich, *Die reform des B. G. B.*, p. 48.

6. Planck, *op. cit.*, p. 393.

notre étude, nous avons vu l'importance toujours grandissante de ce facteur ; celle-ci apparaît aussi si nous comparons le premier et le second projet du B. G. B. ; un grand nombre de principes moraux nouveaux ont, en effet, été inscrits dans ce dernier : cela, tant en matière de responsabilité (art. 829) que d'usure (art. 138) et d'abus de droit, etc...

Le législateur allemand a compris que le droit ne pouvait plus être distinct de la morale et qu'il appartenait au Code civil de résoudre un grand nombre de problèmes sociaux ; de là, le développement de la personnalité humaine ; de là aussi, les pouvoirs si larges attribués aux juges ¹.

On trouve dans le Code allemand un grand nombre de principes moraux : celui de la bonne foi et de l'équité devant présider à l'interprétation et à l'exécution de conventions (art. 167, art. 242) ; celui réprimant, par l'annulation, l'atteinte aux bonnes mœurs (art. 138, § 1, art. 817) ².

Enfin ce qui domine surtout, c'est un sentiment plus humain envers les faibles, les déshérités ³ ; le législateur intervient à chaque instant pour rétablir l'équilibre entre les parties contractantes et pour assurer plus de justice dans le droit ⁴, pour développer la capacité de la femme mariée et pour protéger l'enfance ⁵.

1. Tant en matière d'abus de droit, que d'usure.

2. En revanche la seconde commission a effacé de l'art. 138, al. 1 la notion « d'ordre public pour ne laisser subsister que celle des bonnes mœurs ». Saleilles, *Déclaration de volonté*, 1901, explique cette suppression, par « le danger de mettre dans les mains du juge un terme aussi vague que l'ordre public opposé aux bonnes mœurs » (p. 269).

3. V. nombreux cas cités par Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, p. 55; Behrend, *Der Entwurf eines Reichsgesetzes über dem Versicherungsvertrag*, p. 22, note 53.

4. Voir plus haut; Planck, *op. cit.*, constate que désormais c'est la bonne foi et l'équité (treu und Glaube) qui régissent les rapports juridiques des parties et qui permettent au juge de les modifier en cas de besoin. Et l'auteur conclut : « La pratique peut développer ici une activité créatrice soit dans un bon soit dans un mauvais sens, selon qu'elle sera ou non à la hauteur de sa tâche » (*Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, p. 55).

5. Cette tendance du Code civil allemand n'a fait que se développer par la suite. Des lois votées dans la 4^e session du Reichstag, en 1928, ont mis d'accord les droits de la femme mariée avec l'art. 119 de la Constitution de Weimar et ont élargi ceux de l'enfant naturel. Voir not. professeur Wilhem Kahl, M. d. R., Berlin, *Neue Aufgaben, Deutsche Juristen Zeitung*, Heft 1, 1 januar 1929, p. 3.

Certes, des lacunes subsistent encore : le droit d'auteur n'a pas reçu de sanction dans le Code³ la réparation des dommages non patrimoniaux est prohibée pour les cas autres que ceux fixés par la loi², enfin, le morphinomanie ne peut encore être interdit.

Mais en développant la protection de la personnalité, en prohibant la répétition des prestations fournies en vertu de contrats illicites ou immoraux (art. 817), en assurant plus de justice dans les rapports privés, le Code civil allemand a préparé une nouvelle évolution du facteur idéal dans le Code.

C. — Code civil suisse.

142. Nous arrivons ainsi à l'étude de la législation présentant le plus d'intérêt pour notre chapitre ; à ce point de vue encore, le Code civil suisse a surpassé tout ce qui avait été fait jusqu'à lui.

L'élément moral apparaît dans les différentes institutions de la famille, de l'enfance ; il se découvre dans tous les articles du Code⁴.

Les principes anciens de l'abus de droit, de la bonne foi et de l'équité, acquièrent une valeur toute nouvelle. Aussi a-t-on pu dire avec raison qu'avec le Code civil suisse « le droit d'équité était introduit dans le continent⁵ ».

1. V. cependant Const. fédérale du 24 juin 1867, Confédération de l'Allemagne du Nord, qui demandait de classer, parmi les objets « soumis à la surveillance de la Diète et de sa législation... la protection de la propriété intellectuelle » (art. 4, al. 6).

2. Aussi Regelsberger croit « que cela a été un faux pas législatif ». *Rechtsanwendung, Ihering-Jahrbücher für die Dogmatik des B. G. B.* p. 15).

3. C'est ce que constate aussi Schultz, *Die reform des B. G. B., Deutsche Juristen Zeitung*, 1928, p. 3.

4. Il en est de même de la règle de « bonne foi », qui tout en ayant sa place marquée dans la matière des obligations, trouve de nombreuses applications particulières en matière d'effets de la possession de registres fonciers, etc. Hüber, *op. cit.*, t. I, p. 24.

5. Kohler, *Eugen Hüber und das Schweizer Zivilgesetzbuch, Rheinische Zeitschrift für Zivil...*, 1913, p. 5; v. aussi E. Le Hénaff, Le nouveau Code civil suisse, *Revue pol. et parl.*, 1908, p. 503; Déclarations de Rossel au Conseil National, *Bull. Sten.*, XVI, p. 1039, séance du 16 novembre 1906; Rossel et Menth, *Manuel de droit civil suisse*, t. I, 1912, p. 48-49.

C'est que l'importance du facteur moral dans le droit civil a été toujours comprise par le législateur suisse ; cela surtout lors de la rédaction du Code civil suisse.

Nous trouvons en effet affirmé, dans l'Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de justice et de police¹, l'ensemble de ces questions ; on y découvre la nécessité pour le législateur d'accorder une plus grande indépendance à la femme mariée, de renforcer les liens du mariage, enfin d'assurer une surveillance plus attentive, par l'Etat, des rapports entre parents et enfants. C'est ce que nous nous proposons d'étudier maintenant, en examinant le rôle du facteur moral dans le droit de la personnalité, de la famille, de l'enfant, en matière d'abus de droit, d'usure, de responsabilité, enfin de droit d'auteur.

143. L'importance de la protection accordée à la personnalité est le premier trait qui se dégage de l'étude du Code civil suisse ; celle-ci est assurée par l'ensemble des mesures destinées à la préserver des atteintes illicites et à sanctionner le droit au nom. Nous étudierons, à cette même occasion, la concurrence déloyale qui se manifeste souvent par l'emploi de faux noms. Nous examinerons enfin, dans une deuxième partie, les mesures organisées par le Code et destinées à sauvegarder la santé et la moralité des ouvriers.

a) On connaît déjà quelles sont les mesures établies par le législateur pour protéger la personnalité humaine : a') permettre à celui qui a subi une atteinte illicite dans ses intérêts personnels « de demander aux juges à la faire cesser » (art. 28) ; a'') accorder à la victime une action en dommages-intérêts, à titre de réparation morale (art. 28, § 2).

Il importe de relever immédiatement l'importance conférée au côté moral de la réparation ; l'atteinte à la personnalité donne en effet souvent lieu, non seulement

1. Bern, 1901.

à un dommage matériel, mais aussi à un préjudice moral qui exige d'être réparé.

Le caractère nécessairement arbitraire d'une telle indemnité¹ impose au législateur de l'autoriser seulement dans des cas limitativement prévus par lui (art. 28, § 2). L'un des plus connus est celui de l'usurpation du nom : la loi accorde dans ce cas, non seulement une action pour faire cesser l'usurpation, mais aussi une indemnité à titre de réparation morale, lorsque celle-ci est justifiée par la nature du tort éprouvé (art. 29, § 2)².

Tel est le système organisé par le Code civil suisse ; il protège la personnalité contre toute atteinte portée à son honneur, à son crédit ; il considère le droit au nom comme un droit de propriété, protégé par un recours au juge (art. 29) et par des dommages-intérêts. Enfin, en réprimant la concurrence déloyale, il a élargi de beaucoup la protection qui était accordée à la personnalité jusqu'alors ; il l'a préservée de la dépréciation de son travail, qui résulterait de manœuvres frauduleuses ou contraires à la bonne foi³.

b) L'importance nouvelle accordée à la personnalité apparaît surtout lors des mesures destinées à assurer la santé et la moralité des ouvriers ; ici encore, le législateur intervient et oblige les parties à se conduire suivant l'équité.

Il déclare en effet (art. 339, C. O.) que « l'employeur est tenu de prendre les mesures de sécurité propres à écarter les risques d'exploitation, de veiller à ce que le travail soit exécuté dans des locaux convenables et sains ». On perçoit immédiatement la supériorité d'un tel système au point de vue moral ; ce à quoi l'employeur est tenu, c'est de prendre les mesures nécessaires, « cette

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 90.

2. Il en est de même en cas de rupture des fiançailles, art. 93 ; de nullité du mariage, art. 134, al. 2 ; de divorce, 151 ; voir aussi art. 318 C. C. S., 47, C. O.

3. « Cette matière n'était pas expressément réglée par le Code de 1881. On s'est borné en somme, à codifier les principes consacrés par la jurisprudence et la doctrine » (Rossel et Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, t. I, 1912, p. 80) ; v. aussi Lucien Brun, *op. cit.*, p. 74.

nécessité augmentant avec les risques d'accident ou de maladie¹ » ; quant à la façon dont se fera l'appréciation de l'accomplissement de cette obligation, le législateur déclare qu'on tiendra surtout compte équitablement « des conditions particulières du contrat et de la nature du travail » (art. 339).

Ce qui domine donc dans le Code civil suisse, c'est son caractère équitable, cela, tant pour l'exécution que pour l'appréciation des obligations des parties ; ce même caractère se rencontre encore lorsqu'il s'agit de la compensation qui peut intervenir entre les créances respectives de celles-ci.

Le législateur tient compte du fait que le salaire de l'ouvrier est surtout destiné à subvenir à son entretien et à celui de sa famille ; aussi écarte-t-il la compensation, dans la mesure où « le salaire est absolument nécessaire à cet entretien » (art. 340). Mais ici encore, l'intérêt général de la production l'emporte sur l'intérêt particulier de l'ouvrier : la compensation peut être opposée dans tous les cas pour les indemnités dérivant d'un dommage causé intentionnellement (art. 340 fin).

Il importe encore de relever l'importance acquise par le facteur moral, lors de l'estimation des « justes motifs » permettant la rupture du contrat de travail² : le législateur suisse considère, en effet, comme tels « toutes les circonstances qui, pour des raisons de moralité ou en vertu des règles de la bonne foi, autorisent l'une des parties à ne plus exécuter le contrat » (art. 352).

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet du facteur moral intervenant en matière de travail ; on y tient de plus en plus compte, tant pour l'établissement des justes motifs que pour apprécier l'exécution des obligations de l'employeur.

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 385.

2. Nous retrouverons ce principe dans le Code civil brésilien, et dans l'art. 1162A, B. G. B. [Tchéco-Slovaque.] L'exposé de motifs de ce dernier article nous dit expressément que « la commission (de rédaction) a voulu exprimer par là qu'il fallait considérer également les *circonstances morales comme raisons graves* », (Schumann, *Théorie des obligations dans le projet de Code civil tchéco-slovaque*, thèse Paris, 1927, p. 143. —

144. L'importance du facteur moral dans le Code civil suisse apparaît surtout en matière de famille. Nous avons déjà étudié, dans notre chapitre précédent, les nombreuses formes nouvelles des biens de famille ; elles sont toutes destinées à renforcer les liens du ménage et à développer la solidarité entre ses différents membres. Aussi n'ont-elles pas seulement une grande valeur économique ; elles sont surtout destinées à maintenir l'unité morale dans la famille.

Cette unité résulte encore d'un ensemble de dispositions qui élargissent la notion de famille et arrivent à l'idéaliser. Nous parlerons successivement de l'importance nouvelle accordée au mariage, de l'autorité domestique, enfin, de la puissance paternelle.

a) *Importance nouvelle accordée au mariage.* — Celle-ci apparaît dès la Constitution de 1874¹ qui place le droit au mariage « sous la protection de la Confédération ». On voulait assurer par là, en même temps que l'unification, le renforcement de cette institution : aussi, le législateur constituant suisse écarte-t-il tout empêchement au mariage qui pourrait en retarder l'accomplissement, tel que « les motifs confessionnels, l'indigence, etc... »².

Le Code civil suisse maintient l'ancienne faveur accordée au mariage ; il la renforce même, en élargissant les droits de la femme mariée, en augmentant le droit successoral de l'époux survivant, en annulant le mariage pour maladie grave, enfin, en faisant dominer un droit plus moral dans les rapports des époux.

a') Le raffermissement des liens du mariage ne pouvait résulter que de l'égalité de droits civils accordés aux époux ; elle seule assure une solidarité complète et consciente dans la famille.

C'est ce qu'a compris le législateur suisse ; aussi, élargit-il pour beaucoup le rôle de la femme mariée dans

1 V. art. 54 de la Const. suisse du 29 mai 1874, Recueil des Constitutions fédérales et cantonales, 1910.

2. *Op. cit.*

le ménage ; mais, « tout en abolissant la tutelle de sexe, le législateur définit les conditions de la solidarité¹ ». La femme mariée prend, en entrant dans le ménage, le nom, le domicile et le droit de cité de son mari ; sa capacité, cependant, continue à être complète, sauf les exceptions imposées par l'unité nécessaire dans le ménage.

Un tel système ne pouvait que renforcer les liens du mariage ; il en est de même de l'ensemble des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 169 & suiv. C. C. S.) et des droits de chacun des époux ; elles consistent dans la faculté accordée à chacun d'entre eux de requérir l'intervention du juge « lorsque l'autre époux néglige ses devoirs de famille, ou expose son conjoint à péril, honte ou dommages » (art. 169, § 1) ; dans le droit qui leur est conféré de suspendre « la vie commune », aussi longtemps que leur santé, leur réputation ou la prospérité de leurs affaires sont gravement menacées (art. 170 § 1).

Si nous ajoutons que le Code civil suisse accorde à l'époux innocent une indemnité en cas de divorce, non seulement à raison du préjudice pécuniaire qu'il a subi mais encore pour atteinte dans sa personne, on comprendra facilement la supériorité d'un tel système au point de vue moral.

La famille est désormais fondée sur l'égalité de droit des deux époux ; en appliquant les principes de l'abus de droit à ces rapports, le législateur suisse a assuré plus de justice et en même temps plus de solidarité dans le ménage. Chacun des époux a non seulement des droits, mais des obligations ; lorsqu'il y déroge, il appartient au juge d'intervenir pour en assurer le respect. On est ainsi arrivé à idéaliser les rapports du mariage et à les renforcer.

7°) Ce renforcement résulte aussi des mesures qu'

1. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 28 mai 1904, p. 27.

ont augmenté le droit successoral de l'époux survivant¹ et ont considéré la maladie grave comme une cause de nullité relative du mariage.

b) *Autorité domestique* (art. 331-334 C. C. S.). — Le législateur suisse a aussi innové, dans les dispositions qui consacrent l'autorité domestique ; sans nous arrêter trop longtemps sur l'ensemble de ces règles, dont on a même contesté l'utilité pratique², nous tenons simplement à relever l'importance toute nouvelle accordée au facteur idéal en cette matière.

Après avoir indiqué quelles sont les personnes soumises à cette autorité (art. 331), le Code civil suisse déclare expressément qu'« elles sont régies par un ordre intérieur qui doit être établi de manière à tenir compte équitablement des intérêts de chacun » (art. 332).

Il en résulte que la notion de famille est beaucoup plus large que celle rencontrée jusqu'à présent, puisqu'elle comprend « tous ceux qui font ménage commun en qualité de parents ou alliés, ou aux termes d'un contrat tel que gens de service, apprentis, ouvriers » (art. 331, § 2) ; les pouvoirs du chef de famille cessent d'être absolus, pour se modeler suivant l'équité (art. 332, § 1 et 3) ; enfin, le droit à la personnalité des différents membres s'affirme à nouveau : « ils jouissent ... de la liberté qui leur est nécessaire pour leur éducation, leur profession ou leurs besoins religieux » (art. 332, § 2).

Bien plus, le législateur suisse reconnaît aux enfants majeurs, « vivant en ménage commun avec leurs parents et qui consacrent leur travail ou leurs revenus à la famille sans avoir renoncé expressément à une rémunération », à faire « valoir une créance de ce chef » dans la faillite de leurs parents (art. 334, § 1) ; il déclare même que le juge pourra, « en cas de contestation ... apprécier librement la légitimité et le montant de cette créance » (art. 334, § 2).

1. V. art. 462 Code civil suisse.

2. Aussi le professeur A. Martin en avait-il demandé la suppression, ors de leur discussion. Voir Lucien Brun, *op. cit.*, p. 89.

Elargissement de la notion de famille, solidarité entre ses différents membres¹, mais en même temps affirmation nouvelle du droit de chacun et limitation de ce droit suivant l'équité, tels sont les traits qui se dégagent du chapitre consacré à « l'autorité domestique² ».

c) *Puissance paternelle*. — C'est surtout en matière de puissance paternelle que le facteur moral s'affirme avec force ; on a dit avec raison, à cette occasion, que « même si l'attente du législateur suisse devait être vaine en plus d'un point, il garderait le mérite d'avoir cru que la science juridique n'est pas irréductiblement hostile aux préoccupations idéales et que les préceptes de loi ne sont pas indifférents pour l'évolution des mœurs³ ».

Le Code civil suisse consacre deux chapitres distincts à « la puissance paternelle » (chap. V, art. 273-289) et aux « biens des enfants » (chap. VI, art. 290-301) ; mais, comme il déclare que « les père et mère administrent les biens de l'enfant aussi longtemps qu'ils possèdent la puissance paternelle », nous étudierons ces deux questions en une même section, en examinant successivement l'exercice de cette puissance : c') par rapport à la personne et c'') par rapport aux biens des enfants.

c') Ce qui caractérise le système admis par le Code en cette matière, c'est l'efficacité des mesures de protection organisées en faveur des enfants légitimes.

Sans doute, ceux-ci continuent à être placés, durant leur minorité, sous la puissance paternelle ; « ils ne peuvent être enlevés, sans cause légitime, à leurs père et mère » (art. 273). Mais cette puissance est limitée, en ce qu'elle est soumise au contrôle et à la surveillance du tribunal, qui constitue l'autorité supérieure de tutelle⁴ ; elle présente par là des analogies avec la puissance tuté-

1. V. responsabilité du père de famille à raison du dommage causé par les membres mineurs, interdits ou aliénés (art. 333, al. 1).

2. Art. 331-334.

3. Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 352.

4. V. quant à l'importance des conseils de tutelle, pour le droit civil suisse, Huber, Lettre à Saleilles sur les autorités de la tutelle, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 284.

laire, qui ont été déjà souvent relevées¹.

Le nouveau Code civil déclare que « les autorités de tutelle sont tenues, lorsque les père et mère ne remplissent pas leurs devoirs, à prendre des mesures nécessaires pour la protection de l'enfant » (art. 282).

Ces mesures consistent notamment dans le pouvoir qui leur est accordé « d'enlever aux parents la garde des enfants et de les placer dans un établissement » (art. 283) ; cela, dans tous les cas où le « développement physique ou intellectuel de l'enfant est compromis », ou lorsque celui-ci est moralement abandonné (art. 283, *in fine*). Bien plus, le tribunal peut déclarer la déchéance de la puissance paternelle, lorsque les père et mère sont incapables de l'exercer, frappés d'interdiction, coupables de graves abus d'autorité ou de négligences² ; dans ce cas, nonobstant la déchéance prononcée par le Tribunal, les parents continuent à être tenus des frais d'entretien et d'éducation des enfants.

Telles sont les mesures organisées par le Code pour assurer la protection de la personne des enfants ; le développement moral, physique, intellectuel de l'enfant n'est plus indifférent à l'Etat. Aussi, à côté de la puissance paternelle, apparaît celle de l'Etat ; celle-ci est exercée par les organes de haute tutelle, sous la responsabilité et le contrôle des cantons (art 427-428) ; cette responsabilité apparaît surtout lorsqu'il s'agit des biens du mineur.

c") Le Code civil suisse accorde aux père et mère, sur les biens de leurs enfants, des pouvoirs bien plus larges que ceux conférés au tuteur sur les biens des pupilles (v. art. 290) ; mais ici encore, il réserve « le droit d'inter-

1. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I : « La puissance paternelle et la puissance tutélaire ont entre elles de si grandes analogies que l'exercice de l'une et de l'autre devrait être soumis au contrôle et à la coopération des mêmes autorités. Cependant les père et mère, de par la nature déjà, de par les liens étroits qui les unissent à leurs enfants, ne seront pas surveillés ni assistés d'aussi près que le tuteur » (p. 384).

2. V. art. 285, al. 1, C. C. S. ; dans le cas de déchéance prononcée par le tribunal, « les effets de celle-ci s'étendent aux enfants nés après qu'elle a été prononcée » (art. 285, al. 3).

vention des autorités de tutelle, lorsque les père et mère manquent à leurs devoirs ».

Dans ce cas, « l'autorité tutélaire peut soumettre les père et mère à la surveillance qu'elle exerce sur les tuteurs ou exiger des sûretés » ; elle peut aussi nommer un curateur pour sauvegarder les intérêts de l'enfant (art. 293). Nous tenons encore à relever, avant de conclure, la disposition du Code qui soumet tous les actes passés entre parents et enfants, et faits au profit des premiers, « à l'assistance d'un curateur et à l'approbation de l'autorité tutélaire » (art. 282).

Le Code continue à attribuer les revenus des biens de l'enfant à celui des père et mère qui exercent l'administration légale ; mais il déclare expressément que ces revenus doivent être employés « en premier lieu à leur entretien et éducation » (art. 293, § 1). Il admet, de plus, la règle contraire, lorsque « l'enfant vit hors de la famille » (art. 295, § 2).

Nous tenons à rappeler encore l'obligation « de dette alimentaire » que le Code établit entre parents et enfants (art. 328-330) pour le cas de nécessité. On conçoit facilement la supériorité morale de ce système.

L'importance du rôle de la famille légitime, comme facteur moral social, a été compris par le législateur suisse ; aussi, tout en conservant et en réglementant l'autorité domestique qui, seule, peut assurer l'unité dans la famille, il a idéalisé cette autorité jusqu'à en faire une fonction sociale conférée au père de famille dans l'intérêt commun. La famille apparaît dès lors comme une association destinée à assurer le développement physique et moral de ses membres et ayant des biens affectés à ce but de solidarité ; lorsque ce but ne peut être atteint, il appartient à l'Etat d'intervenir pour l'imposer et y suppléer en cas de défaillance.

Tel est le système consacré par le Code civil suisse dans le droit de famille ; son simple énoncé prouve suffisamment que le côté idéal du droit y a acquis une valeur inconnue jusqu'à lui. Il en est de même en matière de l'enfance.

145. Nous nous proposons d'examiner le rôle du facteur moral en matière d'enfance ; nous étudierons successivement : a) Amélioration de la situation de l'enfant naturel ; b) mesures prises dans l'intérêt de la famille.

a) Celle-ci résulte de l'ensemble des dispositions¹ destinées à faciliter la preuve de la filiation illégitime, ou bien encore, à assurer la sauvegarde des droits de l'enfant.

a') Le Code civil suisse établit une véritable présomption de paternité en faveur de l'enfant, dans le cas de cohabitation du prétendu père durant le temps de la conception (art. 314, al. 1) ; de plus, il permet au juge de déclarer la paternité, dans certains cas limitativement prévus par lui (art. 323)².

Tout en accordant aux cantons la réglementation de l'exercice de cette action, il déclare expressément : « Ceux-ci ne pourront établir en matière de preuves, des règles plus rigoureuses que celles de leur procédure ordinaire » (art. 310, § 2).

a'') Le Code civil suisse prévoit la nomination, par l'autorité tutélaire, d'un curateur chargé « de veiller aux intérêts de l'enfant naturel » (art. 311, § 1), et d'intenter l'action en recherche de la paternité.

Ces intérêts sont aussi sauvegardés par un ensemble de dispositions se référant aux prestations pécuniaires dues par le père en faveur de l'enfant ; celles-ci sont indépendantes de la demande en déclaration de la paternité (art. 309) ; elles sont établies par le juge « en considération de la position sociale de la mère et du père » (art. 319).

1. L. II, t. VIII : De la filiation illégitime, art. 302-327. L'art. 303 de ce titre déclare que « l'enfant naturel peut être reconnu par son père, et en cas de décès ou d'incapacité permanente de discernement, par son grand-père paternel ».

2. L'attribution dans ces cas de l'action en paternité répondait non seulement à « une tradition profondément ancrée dans la conscience juridique du peuple », mais aussi à « de graves motifs d'ordre moral ». Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse (28 mai 1904), p. 39 ; V. aussi quant aux pouvoirs du juge en cette matière, Lucien Brun, *op. cit.*, p. 85 et note 2.

Il importe de relever le caractère moral et social de ces prestations ; elles sont destinées à assurer la subsistance de l'enfant. Aussi, le Code demande-t-il que : 1^o cette pension représente « une contribution équitable aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant » (art. 319) ; 2^o le droit de les exiger subsiste même après que la mère aura transigé, « lorsqu'elle l'a fait dans des conditions manifestement préjudiciables aux intérêts de son enfant » (art. 319, § 3) ; 3^o enfin, lorsque des faits nouveaux apparaissent et modifient cette nécessité, la pension alimentaire peut être révisée par le tribunal et même « supprimée, le jour où l'enfant a des ressources personnelles suffisantes eu égard à sa position sociale » (art. 320).

Le législateur suisse abandonne l'ancienne distinction faite par le B. G. B. quant à la situation de l'enfant naturel, suivant qu'on le considère par rapport à son père ou à sa mère. Dans les deux cas, l'enfant judiciairement reconnu « a, dans la famille tant du père que de la mère, les droits et les devoirs résultant de la filiation illégitime » (art. 325, § 1 ; v. aussi art. 324)¹ ; il acquiert le droit de cité et le nom du père ou de la mère suivant que sa paternité a été établie ou non (v. art. 325, v. aussi art. 324) ; sa situation ne diffère pas de beaucoup de celle de l'enfant légitime² : le Code déclare même expressément que les obligations du père (art. 325, § 2) ou de la mère naturelle (art. 324, § 2) « sont les mêmes que si l'enfant était légitime ».

Tenant compte de l'état moral inférieur des parents naturels, le législateur suisse ne leur accorde pas la puissance paternelle de plein droit : il confère au Tribunal tutélaire de très larges pouvoirs d'appréciation à ce point de vue (v. art. 324, § 3 ; art. 325, § 3 ; art. 326) ; bien plus, il déclare que les droits des parents sur les

1. Qui sont réglementés par le l. II, t. VIII, De la filiation illégitime 302-327.

2. Elle se distingue notamment en ce que le Code limite à la moitié le droit successoral de l'enfant naturel, par rapport à celle de l'enfant légitime.

biens de l'enfant sont indépendants de cette puissance (art. 327).

Enfin, dans son article 330, § 1, le Code met à la charge de la commune l'entretien des « enfants trouvés » ; cette disposition est placée au livre II, titre IX « De la famille », chapitre premier : « De la dette alimentaire » ; elle s'applique cependant surtout aux enfants naturels. Aussi en avons-nous fait mention à cette occasion.

Tel est le système organisé par le Code en notre matière ; désormais, l'enfant naturel a une situation presque égale à celle de l'enfant légitime ; la protection qu'on lui accorde est souvent même plus efficace : et cela, parce que le Tribunal de tutelle jouit de pouvoirs plus larges à ce sujet.

Par là, le Code civil suisse a consacré une grande évolution dans le droit ; car, « quelle que soit la portée du mariage au point de vue social, on ne saurait prétendre qu'une législation qui ne reconnaît pas la toute-puissance de la famille légitime sur l'individu, pourrait ignorer systématiquement la filiation illégitime... Ce serait une contradiction flagrante que d'accorder à l'enfant naturel l'égalité des droits, en général, tout en le déclarant déchu de ceux attachés à la paternité ¹ ».

b) Mesures prises dans l'intérêt de la famille. — Il y a lieu de se demander maintenant si le législateur suisse n'est pas allé trop loin, et cela, au préjudice de la famille légitime. Nous tenons à affirmer dès le commencement que nous ne le pensons pas.

Le Code civil suisse a sans doute tenu compte, plus que ses devanciers, de la nécessité morale de protéger l'enfance naturelle ; mais l'intérêt de la famille légitime elle-même n'a pas été complètement ignorée par lui. Ce que le législateur suisse a voulu surtout, c'est assurer l'entretien de l'enfant naturel, c'est obliger le père pré-

1. Huber, cité d'après Leroy, L'avant-projet du Code civil suisse, *Revue de Paris*, 1^{er} décembre 1902, p. 665.

sumé à y contribuer « équitablement », suivant ses possibilités (art. 319, § 1) ; cela est profondément moral, puisqu'on arrive, en fait, à rendre chacun responsable de ses actions.

En établissant la présomption de paternité, il a facilité pour beaucoup l'exercice de l'action en recherche ¹, mais il a entouré cette action d'une publicité suffisante pour en prévenir les abus ². Il exclut cette reconnaissance pour le cas de parenté adultérine ou incestueuse et permet l'opposition de l'exception de la pluralité de pères. Enfin, il maintient toujours une certaine distinction entre les enfants naturels et les enfants légitimes (art. 461). Par là, on arrive à écarter, pour partie au moins, le scandale qui peut résulter d'une telle action, et on assure une prime à la famille ; certes, des abus peuvent surgir encore, mais les avantages moraux qui résultent d'un tel système sont de beaucoup supérieurs à ses inconvénients. En protégeant l'enfance naturelle, le législateur suisse a consacré ici encore l'importance du facteur idéal dans le droit.

Nous avons examiné jusqu'à présent le caractère « d'équité » du droit civil suisse s'affirmant en matière de personnalité, de famille et d'enfance. Ce caractère apparaît surtout dans l'étude que nous nous proposons d'entreprendre maintenant et qui portera sur l'abus de droit.

146. Il serait sans doute présomptueux de notre part de vouloir étudier ici d'une façon d'ensemble la théorie de l'abus du droit dans le Code civil suisse : des traités entiers n'y suffiraient point ; aussi nous limiterons-nous aux éléments qui nous sembleront absolument nécessaires.

Cette notion est traditionnelle en Suisse ; l'influence de la doctrine allemande et le développement du droit

1. L'art. 314, al. 2, exclut d'ailleurs cette présomption « si des faits établis permettent d'élever des doutes sérieux sur la paternité du défendeur ».

2. Voir art. 312, al. 2,

suisse l'ont fait consacrer par des législations de beaucoup antérieures au Code civil suisse : il en est ainsi notamment du Code civil de Zurich¹ qui l'applique à la matière du voisinage (art. 167-190) et à la puissance paternelle (art. 683)² ; cette notion passe ensuite dans le Code civil des Grisons (année 1862) qui déclare expressément : « si les père et mère transgressent leurs devoirs de tutelle ou abusent du pouvoir à eux conféré..., l'autorité publique devra les priver, en tout ou en partie, de leurs droits de parents » (art. 65, § 1)³. L'abus de droit apparaît dès cette époque comme définitivement consacré par le législateur ; ce n'est pas seulement la chicane, c'est l'abus de droit lui-même qui est interdit par le droit civil⁴. Le Code des obligations de 1881 maintient l'ancienne prohibition en quelques dispositions spéciales⁵.

Il a semblé au distingué rédacteur du Code civil suisse, Huber, que le principe sanctionné par le Code de 1907 n'était que celui déjà anciennement appliqué⁶ ; quant à nous, nous estimons, après d'autres, que l'art. 2 du Code civil suisse, « par sa formule catégorique et très générale, ajoute sûrement au droit antérieur⁷ » ; il consacre, dans ses deux alinéas, des principes moraux nouveaux souvent oubliés par le droit civil⁸. En plaçant cet article dans son titre préliminaire, le Code civil a voulu l'appliquer à l'exercice de tous droits ; par là, il a élargi pour beaucoup son domaine d'application.

1. V. Campion, *L'abus de droit*, Bruxelles, 1925, p. 219.

2. *Ibid.*

3. Cité d'après le Code civil du canton des Grisons, traduit avec Introduction par Raoul de la Grasserie, Paris, 1893.

4. V. là-dessus Lucien Brun, *Le rôle du juge en droit civil suisse*, thèse, Grenoble, 1920, p. 44-57.

5. Le Code des obligations de 1881 ne contenait cependant pas le terme d' « abus de droit ». V. Lucien Brun, *op. cit.*, p. 46.

6. Lucien Brun, *op. cit.*, p. 44.

7. Lucien Brun, *op. cit.*, p. 44, p. 23 ; c'est ce que constatait d'ailleurs aussi Rabel, lorsqu'il disait que l'art. 2, al. 2 « établit une formule tout à fait générale » (*op. cit.*, p. 151) ; v. même sens : Professeur A. Martin, *L'abus de droit et l'acte illicite*, extrait de la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, N. F., XXV, p. 32 ; Kohler, *Eugen Huber und das Schweizer Zivilgesetzbuch*, *op. cit.*, p. 5 ; Campion, *L'abus de droit*, p. 220.

8. C'est ce qui résulte aussi des déclarations du professeur Rossel, *Bull. sten.*, XVI, p. 1039 ; on rencontre la même idée chez le professeur Hoffmann, rapporteur du projet. V. Lucien Brun, *op. cit.*, p. 37.

Le caractère moral du principe nouvellement admis explique la présence d'une formule très vague pour l'exprimer. Désormais son application n'est plus subordonnée à l'intention de nuire, comme dans le B. G. B. ; une simple négligence est suffisante, puisque le Code civil suisse n'indique aucune condition spéciale à cet égard. On assure ainsi le maximum de développement par la jurisprudence du principe inscrit dans le Code.

Ce système a été souvent critiqué ; on a dit que, en excluant l'intention de nuire, il prêtait « à l'appréciation vague et arbitraire des tribunaux ¹ » ; la notion elle-même d'abus de droit apparaissait « contradictoire » et « antijuridique » ².

Nous ne reviendrons sans doute pas sur ce que nous avons déjà dit à ce sujet ; nous nous contenterons simplement d'ajouter ici, qu'en énonçant au début même de son Code les notions de la bonne foi et l'abus de droit, le législateur a voulu marquer l'importance nouvelle accordée au facteur idéal dans le droit. On a dit avec raison qu'elles constituaient « des innovations législatives par où ... se marquent les étapes du mouvement général des idées juridiques ³ ». Or ce mouvement est avant tout profondément moral. C'est ce qui résulte encore des dispositions consacrées par le Code civil suisse en matière d'usure.

147. Le caractère moral social du Code ⁴ apparaît aussi en matière d'usure. En dehors des dispositions spéciales consacrées à l'anatocisme (art. 314), au mandat (art. 415), à la clause pénale (art. 163), le C. O. S. contient une disposition générale en matière de lésion (art. 21 C. O. S.).

1. Saleilles, De l'abus de droit. Rapport présenté à la 1^{re} sous-commission de Révision du Code civil, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, p. 345 ; même sens Huber, Exposé de motifs, t. I, 1901, qui constate que l'art. 2, al. 2, « confère aux juges un très grand pouvoir... Cette sorte de secours général est une arme qui maniée imprudemment et à tout propos, pourrait être très dangereuse » (p. 68).

2. A. Martin, *op. cit.*, p. 10.

3. Lucien Brun, *op. cit.*, p. 43.

4. Lucien Brun, *op. cit.*, p. XIV.

Il déclare expressément qu' « en cas de disproportion évidente entre la prestation promise par une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté, de son inexpérience.

Une telle disposition accorde au juge de larges pouvoirs d'interprétation; en exigeant une « disproportion évidente » dans les prestations réciproques des parties, elle facilite encore plus que ne le faisait le B. G. B. (art. 138) l'annulation des conventions : aussi, mal appliquée, elle pouvait présenter de grands dangers¹ ; elle donnait libre cours à l'arbitraire du juge. C'est ce qui explique que cette disposition ne fut admise dans le code qu'après de longues discussions au Conseil fédéral². Quels que soient les inconvénients qui puissent résulter de l'imprécision d'une telle formule, nous avons déjà dit qu'elle nous paraît seule possible à une époque d'évolution du droit.

148. Le C. O. S. maintient le principe de la responsabilité basée sur la faute ; il en élargit le domaine, en l'appliquant aux personnes morales et aux dommages non pécuniaires.

a) Le C. O. S. maintient l'ancien principe de la responsabilité basée sur la faute. — Il déclare, en effet, dans son article 41, « celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ». Ce que le Code sanctionne par conséquent, c'est tout dommage, qu'il soit causé par dessein, par négligence ou imprudence.

1. V. cependant Lucien Brun qui constate que l'art. 21 C. O. S. « ne renvoie pas le juge au critérium incertain des bonnes mœurs », comme l'art. 138, al. 2 B. G. B., mais « il l'autorise à tenir compte des usages reçus, de l'opinion moyenne, à appliquer le principe du juste prix et du juste salaire... » (*op. cit.*, p. 102).

2. Demogue, *op. cit.*

Le législateur suisse ne se contente pas cependant de poser seulement un principe général ; il « a voulu restreindre les pouvoirs d'appréciation du juge, en énumérant un certain nombre de cas particuliers dont il donne la solution ¹ » ; cette énumération est comprise dans les art. 45 et suiv. C. O. S.

Il importe de relever encore que tout en consacrant le principe de la responsabilité basée sur la faute, le législateur suisse a admis souvent le principe contraire ; des considérations d'équité demandent en effet d'abandonner l'ancienne règle lorsque l'inégalité des situations rend la non-réparation du préjudice commis sans faute, notoirement injuste. Aussi, se conformant en cela à nouveau au B. G. B. (art. 329), le C. O. S. déclare dans son article 54 : « Si l'équité l'exige, le juge peut condamner une personne même incapable de discernement, à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé. » Ce principe de responsabilité objective a été souvent critiqué, comme imposant « à l'individu des charges excessives ² ». Nous avons déjà dit plus haut ce que nous pensions de telles critiques ; nous tenons cependant à ajouter que ce principe répond souvent à un sentiment humain et équitable ; il est donc normal qu'il ait été consacré par le C. O. S.

b) Le caractère moral du Code en matière de responsabilité s'affirme surtout : b') dans l'appréciation du dommage sujet à réparation ; b'') quant aux personnes auxquelles elle s'applique.

b') Nous avons déjà souvent dit que le législateur suisse connaît non seulement la réparation des dommages pécuniers, mais encore de ceux ayant une valeur purement morale et ne pouvant pas être estimés en argent. La nécessité de réparer le préjudice purement

1. A. Martin, l'Abus du droit et l'acte illicite, extrait de la *Zeitschrift für schweizerisches Recht N. F.*, XXV, p. 38-39, qui constate cela à propos du législateur allemand ; v. cependant Lucien Brun qui, après avoir constaté cette tendance apparente, ajoute : « la faute aquilienne reste dominée par l'art. 4 Code civil » (p. 103).

2. A. Martin, *op. cit.*, p. 45.

moral a été depuis toujours reconnue¹ ; mais nous ne trouvons nulle part un aussi grand nombre d'applications spéciales de ce principe que dans le Code civil suisse² ; le Code des obligations suisse traite lui-même, dans son chapitre II, « Des obligations résultant d'actes illicites », d'une « indemnité équitable » accordée par le juge « à titre de réparation morale » (art. 47). Le caractère nécessairement arbitraire de cette indemnité fait qu'elle ne puisse être accordée que dans les cas expressément prévus par le Code (v. art. 28, § 2, C. C. S.).

Se conformant ici encore au B. G. B., le législateur suisse ne sanctionne pas seulement les faits contraires au droit, mais aussi les actes déloyaux susceptibles de causer un dommage à autrui (art. 41, § 2, C. O. S.) ; nous tenons à rappeler ici les dispositions consacrées à la concurrence déloyale dont nous avons déjà parlé.

b") Les besoins moraux de la vie exigent de plus en plus à rendre responsables de leurs actions, non seulement les personnes physiques, mais aussi les personnes morales. C'est ce que le législateur suisse a compris : il déclare dans son t. I, chap. II, art. 53 (C. C. S.) : « les personnes morales peuvent... assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme ». Tout en maintenant, d'une façon subsidiaire, la responsabilité personnelle des organes (art. 55, § 3, C. C. S.), il ajoute : « Ceux-ci (c'est-à-dire les organes) obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits... qu'ils accomplissent en cette qualité. » (Art. 55, § 2, C. C. S.)³.

1. Il en est ainsi notamment dans le B. G. B. en matière de rupture de fiançailles par exemple : l'art. 1300 limite cependant la réparation à des hypothèques prévues et déterminées par la loi.

2. Voir exemples sous l'art. 28 Code civil suisse.

3. Aussi ce principe a-t-il été consacré par les travaux de codification d'après-guerre ; il en est ainsi notamment dans le projet de Code civil tchécoslovaque où l'art. 1313 A. B. G. B. contient deux principes nouveaux importants : a) la responsabilité des personnes morales pour le dommage causé par leurs représentants ou organes autorisés ; b) la responsabilité de l'Etat et des personnes morales de droit public pour la faute des fonctionnaires et employés en cas d'abus de pouvoir. « L'exposé de motifs précise que cette responsabilité ressort au droit privé » (Schumann, *Théorie des obligations dans le projet de Code civil tchécoslovaque*, thèse Paris, 1927, p. 178).

Un tel système présente une grande supériorité au point de vue moral, puisque seul il assure d'une façon effective la réparation des dommages causés par des personnes juridiques. Il importe encore de rappeler la responsabilité subsidiaire des cantons pour tous dommages non réparés « par le tuteur ou les membres des autorités de tutelle » (art. 427, § 1, C. C. S.).

Tel est le système consacré par le législateur suisse en matière de responsabilité ; tout en maintenant le principe de la responsabilité basée sur la faute, il y apporte de nombreuses exceptions. En élargissant la sphère de la responsabilité, en l'imposant aux personnes juridiques, le nouveau Code s'est inspiré ici encore d'un sentiment plus humain et plus moral.

149. Droit d'auteur. — L'importance du facteur moral dans le droit civil apparaît surtout en cette matière. La propriété littéraire et artistique est une notion relativement récente ; on a, en effet, contesté pendant longtemps que la propriété puisse s'appliquer à une chose purement idéale ; aussi le côté moral du droit s'y relève plus qu'en toute autre institution.

Le législateur suisse règle le droit de propriété artistique dans une loi spéciale¹ ; cependant, en sanctionnant dans son Code le contrat d'édition (art. 380), il a consacré le droit de propriété de l'auteur.

150. L'étude des différentes institutions suisses nous a démontré suffisamment que le côté moral n'était pas indifférent au droit civil. Le législateur a étendu son pouvoir jusqu'à s'immiscer dans la sphère abandonnée aux relations privées ; il admet l'interdiction pour cause d' « ivrognerie, prodigalité, inconduite, mauvaise gestion » (art. 369) ; enfin, il permet l'annulation du contrat

1. L'art. 64 de la Const. de 1874 prévoyait déjà que la législation « sur la propriété littéraire et artistique est du ressort de la Confédération ». Cet art. a reçu son exécution par la loi du 23 avril 1883, entrée en vigueur dès le 1^{er} janvier 1884. La loi de 1883 a été modifiée par une nouvelle loi du 7 décembre 1922. V. cependant art. 343 du C. O. S. qui règle la propriété des inventions faites par les employés et ouvriers.

de société ou de services pour raison de mauvaise conduite¹.

Le Code civil suisse a voulu idéaliser, moraliser le droit², faire de la loi « moins « la raison écrite » des juristes que la conscience écrite de la nation³ » ; la bonne foi, l'équité sont à la base de l'exercice et de la naissance de tout droit (art. 2, § 1⁴ ; art. 3, § 1, C. C. S.) ; elles s'imposent aussi au juge « lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit des justes motifs » (art. 4, C. C. S.)

Il y a lieu de se demander maintenant si le législateur suisse n'est pas allé trop loin dans cette voie ? Sans doute, cette « tendance d'accroître l'influence de la loi sur les mœurs et sur la vie » peut présenter de grands dangers. Elle risque de contrecarrer toute activité individuelle, de la paralyser ou de l'empêcher de se développer normalement.

C'est ce que le législateur suisse n'a pas toujours compris⁵ ; aussi a-t-il déclaré dans son premier projet que « celui qui est coupable d'une mauvaise conduite dans la vie perd le droit à la protection juridique pour les droits qui, d'après la loi ou d'après la conviction générale ou celle du juge, suppose l'honnêteté » (art. 14). On comprend facilement les dangers qui peuvent résulter d'une telle formule, les abus auxquels elle peut donner lieu ;

1. Huber l'applique dans ses motifs, au bail et au fermage. V. Exposé des motifs du Code civil suisse, t. III, p. 47.

2. V. même sens E. Leénaff, Le nouveau Code civil suisse, *Rev. pol. et parl.*, 1908, p. 503 ; Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, 1919, p. 312 ; Rabel, *Strifffange im S. Z. B.*, p. 308 ; Rossel et Mentha, *Manuel de droit civil suisse* t. I, p. 48 ; Leroy, l'Avant-projet du Code civil suisse, *Revue de Paris*, 1^{er} décembre 1902 ; J. Kohler, *Eugen Hüber und das Schweizer-Zivilgesetzbuch*, *Rheinische Zeitschrift für zivil*, 1913 ; Lucien Brun, *Le rôle du juge en droit civil suisse*, thèse, Grenoble, 1920, p. XIV.

3. Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 49.

4. Cette notion est beaucoup plus large que celle des art. 157 et 242 B. G. B. V. Rabel, *Strifffange im S. Z. B.*, p. 157.

5. L'Exposé de motifs demande lui-même de consacrer « une plus grande liberté individuelle dans le droit civil, en opposition au système hérité des organisations corporatives et qui tend aussi bien à enfermer la personnalité humaine dans le cadre d'institutions corporatives, qu'à supprimer comme nuisibles toute indépendance et toute initiative individuelles dans le règlement des relations juridiques ». L'auteur y voit des raisons d'ordre économique mais aussi moral (p. 4-5).

aussi ne peut-on que féliciter le législateur suisse de l'avoir abandonnée dans son projet définitif.

Il y a encore dans le Code civil suisse de nombreuses formules conférant au juge de larges pouvoirs ; elles peuvent donner lieu à des abus d'interprétation¹ ; mais elles permettent au droit d'évoluer avec les besoins moraux de la vie. C'est ce besoin de conformer le droit à la morale² qui apparaît dans les différentes institutions du Code civil suisse ; de quelque côté que nous ayons poussé notre étude, « les bornes opposées à l'égoïsme et à l'arbitraire apparaissent beaucoup plus dans notre législation nouvelle que dans les codifications antérieures... Il semble que nous respirions ici une autre atmosphère, que les formules légales soient moins abstraites et moins sèches, que les règles se pénètrent d'une foi plus ardente en la justice et que le droit des hommes s'efforce davantage de devenir un droit humain³ ».

D. — *Code civil brésilien.*

151. L'intérêt que présente l'étude du facteur moral dans le Code civil brésilien s'affirme à un double point de vue :

a) Le Code civil a consacré la plupart des innovations apparaissant dans les Codes modernes en matière de droit de famille, d'enfance, d'abus de droit...

b) Il contient des institutions nouvelles n'existant pas dans les codifications analogues qui l'ont devancé.

C'est ce que nous nous proposons de montrer maintenant en examinant successivement le droit de famille, l'enfance, l'abus de droit, la responsabilité, le droit d'auteur.

1. « Nous sommes voués au régime de l'équité, qui est un peu celui de l'incertitude, et qui peut être celui de l'arbitraire » (Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations*, 1905, p. 7).

2. Voir auteurs cités note 2 page précédente.

3. Rossel et Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, t. I, p. 49.

152. Nous ne reviendrons sans doute pas sur ce que nous avons déjà dit au sujet du bien de famille existant dans le Code civil brésilien (art. 70-73). Cette institution originale, rencontrée déjà en Suisse, répond à un but de solidarité en faveur de l'époux survivant et des enfants mineurs (v. art. 70, § 1^{er}) ; elle est destinée à renforcer les liens de famille.

Il en est de même des nombreuses dispositions se référant : *a)* A la dissolution du mariage ; *b)* à la puissance paternelle.

a) Le Code civil brésilien ignore le divorce ; il ne traite, en effet, dans son article 315, que la dissolution de la société conjugale : 1° Par la mort de l'un des époux ; 2° par la nullité ou l'annulation du mariage ; 3° par la séparation amiable ou judiciaire.

L'absence de cette institution dans le Code s'explique par le désir du législateur de raffermir le lien conjugal ; nous trouvons, en effet, affirmé dans la préface du Code civil « qu'en brisant l'indissolubilité du mariage, base de la famille, le divorce ne sert pas les intérêts de la société ¹ ».

Une telle réglementation prête à la critique. Sans doute il appartient au législateur d'entourer le divorce de formalités et de délais suffisants pour attirer l'attention des parties sur l'importance de l'acte qu'elles accomplissent ; mais ce but une fois atteint, nous ne voyons pas comment on pourrait écarter le divorce sous prétexte qu'on raffermirait par là les liens du mariage. L'unité dans le ménage ne peut s'obtenir que par une solidarité consciente et voulue, et non par des dispositions législatives.

Nous tenons à mentionner aussi l'existence d'une obligation alimentaire pour cas de nécessité, admise par le Code dans le chapitre VII du Droit de famille ; le législateur brésilien ne fait que reproduire, en de nombreux

1. Clovis Bevilacqua, préface au Code civil des Etats-Unis du Brésil, Code civil des Etats-Unis du Brésil, Paris, MDCCCXXVIII, p. XXXVII.

articles, les caractères moraux de cette obligation existant dans tous les Codes qui l'ont précédé.

b) Puissance paternelle. — *b')* Celle-ci est organisée par le Code dans l'intérêt des enfants à naître. *b'')* Aussi les parents peuvent-ils en être déchus lorsqu'ils en abusent.

b') Le Code consacre tout un chapitre à la puissance paternelle (partie spéciale, chap. VI, De la puissance paternelle, art. 379-395).

Un simple examen des textes suffit à démontrer que le législateur brésilien s'est surtout préoccupé dans ce chapitre des intérêts des enfants. En effet, les droits accordés aux parents sur la personne et les biens de ceux-ci ne le sont que dans la mesure où ils sont destinés à sauvegarder le développement intellectuel et moral (v. art. 384).

Certes, l'usufruit de leurs biens continue à appartenir aux parents (art. 389), mais le Code prévoit de nombreuses exceptions (art. 391) ; de plus, il limite les pouvoirs de ces derniers à des actes de simple administration (art. 386).

Tenant cependant compte des cas de nécessité et de l'avantage évident pour les enfants, qui exigent souvent l'élargissement de ces pouvoirs, le Code permet la vente et l'hypothèque de leurs biens avec l'autorisation du tribunal (art. 386). Le Code prévoit enfin le cas où, durant l'exercice de la puissance paternelle, « les intérêts des parents sont en opposition à ceux de l'enfant » ; il exige alors l'intervention du tribunal pour nommer un curateur spécial à ce dernier (art. 387).

Telles sont les mesures organisées par le Code ; elles limitent d'une façon suffisante les pouvoirs du père de famille. L'intérêt moral de la famille d'avenir est pris en considération. Le législateur prévoit aussi le cas où le mari ne fournit « pas les moyens de subsistance nécessaires à sa femme et à ses enfants » ; dérogeant alors au système restrictif établi en matière de « droits et obliga-

tions de la femme »¹, il déclare que celle-ci peut être dispensée par justice de l'autorisation maritale pour l'accomplissement des actes juridiques les plus importants (art. 245).

b'') La protection de la famille d'avenir apparaît surtout ici. Les pouvoirs du père cessent d'être absolus ; le Code déclare que, — lorsque les parents en abusent, — le tribunal peut, à la requête d'un parent ou du ministère public, « adopter les mesures que lui paraît réclamer la protection du mineur, ou de ses biens, en suspendant, autant qu'il le jugerait à propos, la puissance paternelle » (art. 394).

Le Code civil brésilien consacre ainsi le droit de surveillance de la puissance paternelle par l'Etat. Désormais, celle-ci apparaît plutôt comme une fonction sociale ; aussi peut-elle être enlevée aux parents lorsqu'ils en abusent.

153. L'importance de la famille légitime comme facteur moral social explique l'absence de protection accordée par le nouveau Code à l'enfance naturelle. Abandonnant le système libéral existant en cette matière dans les Codes suisse et allemand, le législateur brésilien limite d'une façon excessive l'exercice de l'action en recherche de la paternité (art. 363) ; de plus, il n'accorde cette action qu'aux enfants naturels simples. Il déclare, en effet, expressément que même « la recherche de la maternité ... est interdite ... si elle a pour effet d'attribuer un enfant illégitime à une femme mariée ou un enfant incestueux à une célibataire » (art. 364) ; il autorise aussi toute personne ayant un intérêt légitime à contester l'action en recherche (art. 365).

Un tel système, tout en étant de beaucoup inférieur au point de vue moral à ceux que nous avons déjà rencontrés, trouve sa raison dans la faveur accordée au mariage et dans des considérations traditionnelles au

1. Partie spéciale, Du droit de famille, chap. III.

Brésil¹. Ce sont les mêmes motifs qui expliquent que le Code n'accorde que des aliments aux enfants adultérins ou incestueux, lorsque leur paternité est par exception établie (art. 405).

L'intérêt supérieur de la famille légitime sauvegardé, le Code se préoccupe de la protection nécessaire à l'enfance naturelle ; non seulement il lui accorde, pour le cas de reconnaissance, des droits de succession assez étendus (art. 1605, § 1), mais il déclare aussi que « les mineurs abandonnés auront des tuteurs nommés par le juge, ou seront placés dans des établissements publics à ce destiné » (art. 412, § 1^{er}). Certes, cette disposition toute générale est établie en faveur de tous les enfants abandonnés, mais elle s'applique surtout à l'enfance naturelle.

Telles sont les mesures organisées par le Code en matière de protection de l'enfance : l'intérêt de la famille légitime l'emporte encore trop souvent, mais l'Etat ne se désintéresse plus de l'enfance abandonnée ; le principe de l'intervention du juge, en cas de besoin, est passé dans le Code ; il ne fera que se développer par la suite².

154. Le législateur brésilien traite de l'abus de droit à propos des faits juridiques (livre III) et des actes illicites. On trouve déjà une allusion à cette notion dans l'article 100 : le Code y déclare qu'on ne considère pas comme contrainte la menace de l'exercice normal d'un droit. Il en est de même dans l'article 160 : parlant des actes considérés comme illicites, le Code exclut de cette catégorie ceux qui ont été accomplis « dans l'exercice régulier d'un droit reconnu » (art. 160, § 1).

Constitue donc abus de droit, suivant le Code, l'exercice « anormal », « irrégulier » d'un droit. L'intérêt social

1. Clovis Bevilacqua, *op. cit.*, p. XXXVII.

2. « Les dispositions du Code sur la matière ont été développées et complétées par les lois n° 4242 du 5 janvier 1921 et n° 4547 du 22 mai 1922, ainsi que par le décret portant règlement d'exécution n° 16272 du 20 décembre 1923, qui ont réglementé et organisé l'assistance et la protection des mineurs abandonnés et délinquants » (Clovis Bevilacqua, *op. cit.*, p. XXXIX).

et la moralité dans le droit exigent de réprimer de tels actes. C'est ce que le législateur brésilien a compris ; aussi permet-il au juge d'intervenir dans le cas où les parents « abusent de leurs pouvoirs ».

Tel est le système consacré par le nouveau Code en matière d'abus de droit ; il considère l'abus comme un acte illicite, il ne subordonne pas l'irrégularité du droit à l'intention nocive de la part de celui qui l'exerce ; par là, le législateur brésilien a élargi pour beaucoup l'ancienne notion du Code civil allemand.

Responsabilité. — Le système existant dans le Code civil brésilien en matière de responsabilité est l'ancien système basé sur la faute (art. 189). Sa supériorité s'affirme en ce qu'il déclare tenus solidairement les co-auteurs d'un dommage (art. 1518) et étend la responsabilité aux personnes juridiques exerçant une industrie (art. 1522). Il facilite par là la réparation du dommage accompli, ce qui ne peut être que favorable au point de vue moral.

Le Code marque cependant un regrès, en ce qu'il ignore les cas de responsabilité objective rencontrés par nous dans les Codes civils allemand et suisse.

155. Droit d'auteur. — Nous l'avons déjà dit plus haut : cette notion est relativement récente. Aussi concevra-t-on facilement la supériorité du Code civil brésilien qui, le premier, lui consacre un chapitre spécial, en matière du droit des choses (chap. VI, « la Propriété littéraire, scientifique et artistique », art. 649-673).

Le Code déclare expressément que le droit de reproduction appartient d'une façon exclusive à l'auteur (art. 649).

Il ne nous appartiendra pas d'étudier ici la façon dont est réglementée cette institution, les mesures prises pour protéger l'auteur des atteintes portées à son droit et à son nom. Nous tenons simplement à relever le caractère moral de ces dispositions qui assurent le développement de la personnalité dans un de ses principaux attributs.

En consacrant la propriété fondée sur le travail, le législateur brésilien l'a idéalisée et a ouvert peut-être la voie à toute une évolution morale nouvelle de cette institution.

Quelle que soit la valeur d'un tel intérêt, il ne peut cependant l'emporter sur celui plus général de la communauté. Aussi le Code exclut-il la protection accordée par la loi au droit d'auteur, lorsqu'il s'agit d' « écrits légalement prohibés » (art. 668) ; bien plus, il déclare que « l'Union et les Etats pourront exproprier pour cause d'utilité publique, moyennant une indemnité préalable, toute œuvre publiée que son propriétaire ne voudrait pas rééditer » (art. 660).

156. Nous concluons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet du facteur moral dans le Code civil brésilien. A ce point de vue encore, le législateur a consacré la plupart des principes moraux rencontrés dans les Codes qui l'ont précédé ; cela, tant en matière de famille, d'enfance, d'abus de droit, enfin de travail¹ ; il a étendu son domaine à de nouvelles institutions juridiques. Mais, tout en admettant ces principes et théories nouvelles, il les a modifiés suivant les besoins nationaux.

E. — *Code civil soviétique.*

157. Nous avons déjà suffisamment dit, dans le chapitre sur les « Facteurs politiques dans le Code civil », pour comprendre quelle sera la valeur morale de la nouvelle législation. Nous y trouvons certes exprimé un sentiment plus humain en faveur de l'enfance naturelle, les notions d'abus de droit et d'enrichissement injuste y sont expressément consacrées d'une façon toute générale. Mais le pouvoir de l'Etat s'affirme ici encore d'une façon excessive ; ceux de la famille disparaissent presque complètement. C'est ce que nous verrons maintenant en étudiant le facteur moral dans le Code de famille, et dans

1. V. sect. 2, partie spéciale, Du droit des obligations, 1216-1236.

le Code civil soviétique, en examinant successivement l'enfance, le droit de famille, l'abus de droit, l'usure, enfin la responsabilité.

158. *Enfance.* — Si nous abordons notre étude avec cette matière, c'est que le droit de l'enfance l'emporte pour beaucoup dans la nouvelle législation sur celui de la famille. Alors que, dans les Codes précédents, le législateur se préoccupait surtout à renforcer les liens de la famille légitime, même au préjudice de l'enfance naturelle, le Code soviétique part d'un point de vue tout à fait contraire: Cela correspondait d'ailleurs à son désir de détruire la famille, afin d'assurer la mainmise de l'Etat sur l'individu.

La protection de l'enfance naturelle se manifeste à un double point de vue : a) Par la grande facilité accordée à la preuve de la paternité ; b) par la suppression de la distinction établie entre la filiation de fait et celle de droit.

a) *Le Code de famille soviétique facilite plus que tout autre la preuve de la filiation.* — Nous avons relevé souvent, au cours de notre étude relative au facteur moral dans les différents Codes, l'importance toujours plus grande accordée à la recherche de la paternité. Nous avons dit à cette occasion que cette évolution du droit répondait à un sentiment moral incontestable : en imposant au père présumé l'obligation de subvenir à l'entretien de l'enfant, elle permettait de rendre chacun plus responsable de ses actions ; elle empêchait l'abandon de la fille-mère dans le dénuement ; elle assurait enfin le développement moral et intellectuel de l'enfant qui ne pouvait être rendu responsable de la faute de ses parents.

Quelle que fût l'importance de cette évolution, les différentes législations étudiées avaient toujours maintenu une distinction, quant à la recherche de la paternité, entre les enfants naturels simples et les autres. Il n'en est plus de même dans le Code soviétique : a') Il diminue

à l'extrême les conditions de preuve ; a'') il les applique à tous les enfants naturels.

a') Le législateur soviétique considère en principe père et mère de l'enfant « les personnes inscrites comme parents sur les registres des naissances » (art. 134). A défaut de cette inscription, il autorise « la femme enceinte et non mariée » à faire, « trois mois au plus tard avant sa délivrance, à l'organe local d'enregistrement des actes d'état civil de son lieu de domicile, une déclaration indiquant le moment de la conception, le nom et le domicile du père » (art. 140). Cette déclaration suffit en principe ; le père doit en être informé dans les deux semaines par la section d'enregistrement, il peut alors faire opposition ; mais « l'absence d'opposition, dans le délai indiqué, équivaut alors à la reconnaissance de l'enfant » (art. 141, § 2).

Telle est la procédure habituelle établie par le Code soviétique pour assurer la preuve de la filiation naturelle. Les droits de la fille-mère sont suffisamment protégés, puisque le Code attache à sa déclaration une présomption de vérité ; bien plus, lorsque le Tribunal, au cours de l'examen de l'action, arrive à établir la cohabitation de plusieurs avec la mère au temps de la conception, « il leur impose à tous l'obligation de participer aux dépenses » (art. 144). Le droit de faire la preuve de la filiation de fait de l'enfant n'appartient pas seulement à la mère ; le Code l'accorde à « toutes personnes intéressées » (art. 136) ; il facilite même de beaucoup cette preuve, en déclarant que « les affaires d'établissement de paternité sont jugées dans les formes générales ; ... les parties sont tenues de dire la vérité, ... en cas de manquement à cette obligation, elles répondent comme de faux témoignages » (art. 142).

a'') Le régime si libéral consacré par le Code s'applique à tous les enfants naturels. Le Code soviétique ne maintient pas l'ancienne distinction entre les enfants naturels simples et les autres. Il déclare, en effet que la preuve de la filiation naturelle est permise, même

« lorsque sont inscrits comme parents de l'enfant des personnes qui, au moment de la conception ou de la naissance de celui-ci, étaient unies par un mariage enregistré ou ayant force de mariage enregistré » (art. 136 *in fine*) ; bien plus, le Code soviétique maintient l'autorité conférée à la déclaration de la mère, même lorsque cette déclaration émane d'« une femme mariée » et que « l'enfant conçu par elle n'est pas né de l'homme enregistré comme son mari » (art. 140, remarque 1).

Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que le système consacré par le Code soviétique à la preuve de la filiation est non seulement beaucoup plus large que ceux analogues existant dans les Codes qui l'ont précédé ; il y a ici, peut-on dire, une véritable contradiction entre les codifications anciennes et le Code de famille nouveau ; c'est ce que nous verrons bientôt.

b) *Le Code n'établit pas de distinction entre la filiation de fait et celle de droit.* — L'histoire du droit prouve une évolution constante dans le sens du rapprochement de ces filiations ; mais quelle que soit l'importance de ce rapprochement, les différentes codifications ont toujours maintenu une certaine distinction quant à leurs effets juridiques ; elles ont, de plus, toujours exclu de cette faveur les enfants adultérins ou incestueux.

Il n'en est plus de même dans le Code de famille soviétique : l'article 133 de ce Code (t. III, Droit de famille, chap. I, Filiation) déclare, en effet, expressément : « La filiation de fait est reconnue comme base de la famille. » Le Code insiste là-dessus en disant dans la « Remarque I » du même article : « Les enfants dont les parents ne sont pas mariés ensemble sont, à tous égards, égaux en droits aux enfants nés de personnes unis par un mariage enregistré. »

Quelles sont les raisons profondes de cette évolution ? C'est ce que nous dirons maintenant, en abordant l'étude du facteur moral en matière de famille.

159. Le rôle de la famille, comme facteur moral social, a été souvent relevé ; c'est ce qui explique que la plupart des codifications modernes lui consacrent de nombreuses dispositions.

Sans doute, la façon de maintenir l'équilibre dans la famille a varié suivant les époques ; à l'ancienne « obéissance » due par la femme au mari, les toutes dernières législations ont substitué les notions nouvelles « d'assistante et de conseillère ¹ ». Quelle que soit la diversité de ces conceptions, elles ont toutes tendu à raffermir les liens du mariage.

Il en est tout autrement dans le Code soviétique ; nous avons déjà relevé, dans nos développements précédents, la tendance s'affirmant fermement chez le législateur soviétique de détruire la famille légitime, comme ne correspondant plus au nouvel état social. Cette tendance apparaît déjà dans le Code de 1923 : celui-ci simplifie la formalité du mariage et la réduit à une simple inscription (v. art. 60, C. fam., déjà cité). Cette formalité paraît encore à cette époque absolument nécessaire : c'est elle qui crée le mariage et donne naissance à l'ensemble des droits qui en résultent (ar. 62). Il en est tout autrement suivant le Code réformé de 1927 : « Le mariage, dont le centre de gravité se trouve déplacé, ne résulte pas de l'enregistrement, mais d'un état de fait que les époux se sont librement donné sans l'intervention de l'autorité civile ². » L'enregistrement apparaît dès lors un moyen de preuve qui peut être remplacé par n'importe quel autre moyen : sa seule valeur est qu'il constitue « une preuve indiscutable et préétablie de l'existence du mariage ³ ». Il suffit de lire l'exposé des motifs du projet de réforme pour nous en rendre pleinement compte : on y déclare en effet expressément que « le projet établit ... l'égalité des droits et des devoirs

1. V. Fr. Cosentini, *Le droit de famille; Essai de réforme*, 1929, p. 14.

2. Chaplet, *La famille et le droit des personnes dans la législation soviétique*, thèse Rennes, 1929, p. 173.

3. Chaplet, *op. cit.*, p. 174.

qui découlent des droits conjugaux, indépendamment de tout enregistrement¹ ».

Telle est la nouvelle réglementation du mariage : la formalité de l'enregistrement subsiste ; le Code la considère comme socialement utile, — aussi en facilite-t-il l'exécution (v. art. 1 et 3). Mais à côté de cette formalité qui, tout en étant utile, n'est pas obligatoire, la simple cohabitation de fait suffit pour prouver le mariage. Il ne faut pas insister longtemps sur un tel système pour en comprendre toute l'infériorité ; sans doute, les formalités qui accompagnent la conclusion du mariage ne doivent pas être trop compliquées ni trop coûteuses, afin de ne pas en écarter une multitude de gens ; mais elles doivent être suffisantes pour attirer l'attention des parties sur l'importance de l'acte qu'elles accomplissent. En écartant ces formalités, en leur substituant le mariage libre, on arrive à détruire la famille qui « est l'anneau le plus solide de la chaîne sociale et la première école de la moralité...² ».

C'est ce que le législateur soviétique a d'ailleurs consciemment fait : cela tant par la suppression de l'enregistrement que par les nombreuses dispositions qu'il consacre aux enfants adultérins. Il suffit de renvoyer aux dispositions déjà citées en cette matière, pour nous en rendre pleinement compte ; en permettant à la femme mariée de rechercher la paternité adultérine de son enfant, en assimilant cette paternité à celle des enfants légitimes, en déclarant enfin que « la parenté de fait est reconnue comme base de la famille » (art. 133), on a écarté du Code soviétique la famille légitime et on lui a substitué la notion plus mobile de famille naturelle. Et qu'on ne croie pas que ces changements ont eu pour résultat de préserver d'une façon meilleure « les sujets les plus faibles de la famille ». Un tel système ne peut, par suite de sa mobilité, être favorable à l'enfance. Certes, le Code

1. *Op. cit.*

2. Fr. Cosentini, *op. cit.*, p. 12.

déclare (art. 157) que « les droits du père et de la mère sont exercés exclusivement dans l'intérêt de l'enfant », et qu'en cas « d'exercice abusif, le tribunal a le pouvoir de priver les parents de ces droits » ; il facilite la déchéance de la puissance paternelle en permettant que l'action dans ce but « soit engagée aussi bien par le représentant de la puissance publique que par des particuliers »¹ ; de plus, il organise les organes de tutelle appartenant à l'Etat et leur confère de larges pouvoirs.

Tout en reconnaissant l'intérêt que peuvent présenter de tels organes lorsqu'ils ne font que suppléer à la défaillance de la famille, nous ne pouvons admettre le système soviétique. Il détruit la famille qui est encore aujourd'hui un des facteurs moraux les plus importants ; il place l'Etat en présence de l'individu et tend à le lui asservir ; aussi, ce système nous paraît immoral, trop compliqué et pouvant donner lieu à de grandes difficultés pratiques.

160. Abus de droit. — Cette notion, telle qu'elle est consacrée par le Code civil soviétique dès son premier article, constitue « la conception la plus large sous laquelle on puisse envisager l'abus de droit² » ; elle est purement objective et dépasse de beaucoup l'ancienne conception du Code civil allemand (v. art. 226, 826 B. G. B.). Elle est d'accord par là avec la formule similaire existant dans le Code civil suisse.

Nous l'avons déjà dit souvent : mal interprétée, et surtout interprétée par une jurisprudence inculte, cette formule peut être la cause des pires dangers ; elle risque de détruire toute activité individuelle qui est la base du droit même. Il en est ainsi notamment dans le Code civil soviétique où la notion de droit n'est comprise que d'une façon étroite et en fonction d'un intérêt social strictement limité.

1. V. art. 153, Remarque, 1.

2. Campion, *L'abus du droit*, 1925, p. 254.

161. Usure. — Nous placerons sous ce titre l'enrichissement injuste qui résulte souvent d'un acte usurier.

a) *Usure.* — Le Code consacre une formule toute générale en cette matière. S'opposant en ceci aux codifications qui l'ont précédé, il ne tient compte, pour établir l'existence de l'usure, que de l'exploitation de l'« extrême dénuement » d'une partie par l'autre ; il n'exige plus, en effet, comme les Codes civils allemand et suisse, une disproportion évidente entre les prestations des parties contractantes ; il écarte l'élément objectif pour ne maintenir que la condition subjective nécessaire à la fixation de la lésion. Il accorde par là un très large pouvoir d'appréciation au juge.

Une telle formule appliquée par une magistrature inculte peut présenter de grands dangers ; ce danger existe surtout par suite des dispositions de la loi qui annulent les actes juridiques « visant manifestement à léser l'Etat » (v. art. 30, Act. Jur. ; v. aussi art. 147 C. C. sov. qui parle de la nullité des actes ayant « clairement pour but de léser l'Etat »). On comprend facilement l'arbitraire et les difficultés qui peuvent en résulter pour la vie juridique.

Les larges pouvoirs accordés au juge par le Code civil soviétique apparaissent aussi en matière de *clause pénale* ; celui-ci déclare, en effet : « Si le montant de la clause est démesurément élevé par rapport au dommage effectivement subi par le créancier, le Tribunal a le droit de le réduire à la demande du débiteur » (art. 142) ; il peut prendre en considération pour cela « non seulement l'inégalité des situations de fortune » (2°) des parties, mais encore « tout intérêt digne de considération du créancier » (3°).

Tel est le système consacré par le Code civil soviétique en matière d'usure ; on y trouve exprimé un désir très vif du législateur d'assurer l'égalité entre les parties et d'empêcher qu'elles ne soient exploitées l'une par l'autre, mais les formules employées sont bien trop

larges ; et surtout, la nouvelle lésion créée au profit de l'Etat — tout en se légitimant par le nouvel état de choses — risque de soumettre les actes juridiques aux pires incertitudes.

b) *Enrichissement injuste*. — Se conformant en cela aux codifications modernes, le Code civil soviétique reconnaît l'existence d'une obligation générale de restitution en cas d'enrichissement injuste (art. 106) ; aussi consacre-t-il à cette matière tout un chapitre (chap. XII) auquel il nous suffit de renvoyer. Nous tenons à relever seulement qu'en cas de nullité intervenant en cette matière, l'enrichissement injuste de la partie lésée est « recouvré au profit de l'Etat » (art. 402).

162. La matière de la responsabilité est traitée par le Code à la suite de l'enrichissement injuste, sous le titre « Obligations nées d'un dommage causé à autrui » (chap. XIII, art. 403 et suiv.). Elle est de beaucoup plus large que celle existant dans les autres codifications modernes ; elle crée une présomption de faute à la charge de l'auteur du dommage. Aussi celui-ci est responsable, à moins de preuve contraire de sa part ; la loi aggrave cette responsabilité pour « les personnes ou entreprises dont l'activité constitue une aggravation de danger pour l'entourage ¹ ; de plus, dans les cas mêmes où « d'après les articles 403-405, celui qui a causé le dommage n'est pas tenu à la réparation, le Tribunal peut cependant l'obliger à réparer ce dommage, en tenant compte de sa situation de fortune et de celle de la victime ».

Telles sont les dispositions consacrées par le Code en matière de responsabilité ; elles assurent d'une façon plus complète qu'antérieurement la réparation du préjudice causé ; mais leur caractère moral est très discutable, il nous paraît souvent injuste ; cela d'autant plus

1. V. art. 404.

que le Code soustrait à cette responsabilité les institutions d'Etat. Il déclare, en effet, expressément (art. 407) qu'une « institution n'est responsable du dommage causé par les actes de service irréguliers d'un fonctionnaire que dans les cas spécialement indiqués par la loi et si, en outre, l'irrégularité des actes du fonctionnaire est reconnue par l'organe judiciaire ou administratif compétent ».

On comprend, dans ces conditions, que cette responsabilité soit la plupart du temps illusoire.

163. Le législateur s'est préoccupé d'une façon plus large que ses devanciers de l'enfance naturelle ; il a consacré la théorie objective du droit en matière d'abus et de responsabilité ; il a essayé par là d'imprimer un caractère profondément moral à son Code.

Loin de réussir toujours, il marque souvent un grand regret en cette matière ; car, par ses exagérations en ces domaines et par son désir de tout asservir à l'Etat, il a détruit l'initiative individuelle et la famille qui sont la base de la morale du droit.

F. — *Projet franco-italien des obligations.*

164. Nous tenons à terminer notre examen comparatif du facteur moral dans le Code civil, avec l'étude du projet franco-italien ; cela nous paraît d'autant plus intéressant que ce projet est appelé à rénover la matière des obligations existant dans les différents Codes latins.

Nous trouvons consacrées par ce projet, à côté des principes traditionnels du droit civil, la plupart des innovations morales modernes ; le législateur a sans doute voulu marquer par là que toute réforme sérieuse du droit n'est qu'un équilibre entre le passé et le présent. Cela dit, nous abordons notre examen qui portera sur le facteur moral en matière d'abus de droit, d'usure, de responsabilité.

165. Abus de droit. — Tout en n'employant pas l'ancien terme ¹, le projet consacre à cette occasion le principe admis par les Codes modernes (art. 74, § 2) ; il considère comme tel, non seulement les actes contraires au droit, mais aussi les actes déloyaux contraires à la bonne foi qui doit régir les rapports contractuels des parties. En plaçant cette notion à la suite du principe général de la responsabilité pour faits illicites, en la considérant comme une espèce de responsabilité, il n'a pas élargi suffisamment son domaine d'application ².

Usure. — Le législateur abandonne, en cette matière, l'ancien principe du Code civil français, qui essayait de réprimer l'usure par la limitation légale du taux de l'intérêt ; se conformant en cela aux Codes civils allemand et suisse, il consacre une formule toute générale à cette matière (art. 22). Pour qu'il y ait lésion, il exige une disproportion entre les prestations des deux parties contractantes ; au contraire, l'abus de droit consacré par le Code civil allemand n'est pas nécessaire dans ce projet ; il suffit que la volonté des deux parties contractantes n'ait pas été suffisamment libre ; on arrive à élargir par là les pouvoirs du juge.

Il en est de même quant aux conséquences qu'entraîne la lésion ; le juge acquiert ici encore le droit soit d'annuler l'acte, soit de diminuer seulement les prestations réciproques des parties ³.

Un tel système nous paraît de beaucoup supérieur à ceux qui l'ont précédé ; tout en consacrant les nouveaux principes existant en cette matière, il maintient l'acte lorsque sa nullité complète ne paraît pas absolument nécessaire.

1. On a noté, lors de la discussion de l'article, que : « les difficultés portent moins sur le principe lui-même, que sur la façon de le formuler » ; cela à cause du rapprochement de deux mots contradictoires. V. Projet de Code, p. LXXXV.

2. Aussi croyons-nous qu'on aurait dû consacrer l'abus dans une formule générale et non se maintenir à la conception étroite de la jurisprudence française.

3. Ce principe emprunté au Code civil suisse (art. 54, al. 1), fut admis le 18 juillet 1919, sur la proposition de M. Fabry. V. Comité franco-italien pour l'union législative entre nations amies et alliées, *Bull. Soc. Et. lég.* 1919.

Responsabilité. — Le projet continue à consacrer l'ancien principe de la responsabilité basée sur la faute ; il écarte tout ce qu'il y a d'excessif dans un tel système, en admettant à côté des principes anciens les principes nouveaux de la responsabilité objective (art. 76).

166. Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet du facteur moral dans le projet franco-italien ; si nous ajoutons que le nouveau projet consacre les principes de l'enrichissement injuste, de la bonne foi dans les conventions, qu'il garantit à l'employé la sécurité et l'hygiène nécessaires à son travail (art. 513), on comprendra toute son importance au point de vue moral.

III. — Facteur moral en matière de législation spéciale non encore codifiée.

167. Nous étudierons sous ce titre un ensemble d'institutions présentant un caractère idéal plus prononcé que celles rencontrées jusqu'à présent.

Il en est ainsi notamment des dispositions consacrées en matière de droit d'auteur et destinées à sanctionner non seulement des intérêts économiques, mais aussi des intérêts moraux, tels que la protection du nom.

Il en est de même de celles se référant à l'imprévision et à l'usure ; ce qui motive la présence de telles dispositions dans le Code, ce ne sont pas seulement les besoins économiques qu'elles sont appelées à satisfaire, mais les nécessités ayant un caractère purement idéal.

Aussi, le législateur s'est-il préoccupé de bonne heure à assurer cette réglementation ; cela d'abord par voie de lois spéciales ; mais l'importance acquise dans les dernières dizaines d'années par le facteur moral dans le droit a fait passer une grande partie de ces principes dans les Codes modernes. Il n'en reste pas moins que le droit d'auteur et l'imprévision continuent à être surtout

l'objet de législations spéciales ; c'est ce qui explique cette seconde partie de notre chapitre.

168. Nous ne reviendrons sans doute pas sur ce que nous avons déjà dit en matière d'usure ; notre étude comparative dans les différents Codes civils modernes nous paraît suffisante pour dégager toute l'importance des dispositions qui s'y réfèrent ; le facteur moral qui y est inclus a une valeur indiscutable. Cela ressort tant de la formule du Code civil allemand (art. 138) que de celle du Code civil suisse (art. 21) ; à l'ancienne notion d'usure, étroite, périmée, le législateur a substitué un principe nouveau conférant au juge de larges pouvoirs d'arbitre ; la supériorité de ce système est aujourd'hui unanimement admise.

On le retrouve, s'affirmant en Angleterre dans des lois spéciales¹ ; l'histoire du droit anglais nous fait assister à une évolution analogue à celle accomplie dans les pays continentaux ; elle est due cependant à l'intervention non seulement du législateur, mais à celle des cours d'Equity. En appliquant aux rapports des usuriers et des emprunteurs le principe moral *fraus omnia viciatur*, elles déchargeaient les derniers des obligations abusives ; elles créaient ainsi en droit civil des tendances nouvelles plus larges et plus morales, semblables à celles du droit prétorien².

Ce pouvoir fut accordé par la suite à tous les juges ; la loi de 1888 permettait, en effet, aux juges de cours « d'annuler ou réduire à des proportions raisonnables tout prêt d'argent consenti à des conditions abusives ».

La loi du 8 août 1900 continue à conférer, en matière d'usure, des pouvoirs très étendus au juge. Cela à un

1. Ce sont les lois de 1900 et 1911 sur les prêteurs de deniers (Money lenders acts).

2. V. là-dessus la très intéressante communication de M. le professeur H. Lévy-Ullmann à la Société d'Etudes législatives. L'auteur constate qu'on admet non seulement l'intervention du magistrat dans les contrats pour cause « d'abus d'influence » (under influence). On établit une présomption d'abus d'influence dans certains cas lorsqu'il résulte des « circonstances que l'une des parties a dominé l'autre... » (Discussion du Projet de loi sur la lésion, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1922, p. 46).

double point de vue : a) Quant à son droit d'appréciation ; b) quant aux opérations auxquelles ce droit s'applique. a) L'article 1 de cette loi déclare en effet que le tribunal peut « modifier les clauses et conditions de la dite opération », lorsqu'il estime qu'« elles sont excessives eu égard à la somme réellement prêtée. b) Ces pouvoirs sont accordés au juge en faveur de tout prêteur et pour toutes « les sommes portées à titre de déboursés, renseignements, clauses pénales, etc... »¹.

On conçoit facilement l'importance d'une telle disposition ; le juge y apparaît comme un véritable arbitre intervenant dans les rapports conventionnels des parties. Un tel pouvoir s'explique dans le droit anglais ; il est conforme au rôle très large conféré au juge. Son introduction dans nos Codes a été souvent contestée comme pouvant entraîner de grands dangers. Nous croyons cependant que seul il permet de sanctionner d'une façon complète toute espèce d'usure ; nous nous trouvons en effet en une matière où les circonstances de la vie apparaissent de plus en plus complexes et variées ; le législateur ne peut essayer de les prévoir toutes, — aussi est-il nécessaire qu'il confère au juge de larges pouvoirs d'appréciation.

Sans doute de telles formules peuvent donner lieu à des abus ; par l'imprécision de leur caractère, elles peuvent détruire toute sécurité dans la loi ; mais cela n'est que la conséquence nécessaire du facteur moral qui intervient dans leur rédaction. Il en est de même en matière d'imprévision.

169. Imprévision. — Nous n'essayerons sans doute pas d'examiner, même d'une façon succincte, l'ensemble des problèmes que pose cette institution ; des traités entiers n'y suffiraient pas². Ce que seul nous nous proposons de relever ici, c'est le caractère moral de cette institution.

1. V. *Ann. lég. étr.*, 1901, p. 59 et s.

2. V., même sens, Pierre de Harven, *Mouvements généraux du droit civil belge contemporain*, 1928, p. 231.

Nous examinerons ensuite la question de savoir si ce principe doit être ou non inclus dans le Code civil.

a) Le caractère moral de cette institution est indiscutable ; en effet, lorsque les circonstances qui avaient régi la formation d'un accord de droit viennent à être complètement bouleversées, la morale sociale autant que les nécessités économiques demandent au législateur d'intervenir.

Le danger que présente une telle intervention pour la sécurité des transactions exige de ne l'admettre que s' « il apparaît que toute une catégorie de débiteurs se trouvent lésés par un élément déterminé » ¹.

Bien plus, on a dit avec raison que « tout contrat tient en lui et de sa nature même une part d'imprévision » ² aussi croyons-nous qu'il faille exiger, — pour admettre l'application de ce principe, — non seulement un fait imprévu, mais impossible normalement d'être prévu ³. Il est alors non seulement non utile, mais injuste d'obliger les parties contractantes de demeurer unies par les anciens liens juridiques ; il y aurait ainsi comme une sorte d'enrichissement injuste généralisé en faveur de l'une d'entre elles. L'abstention du législateur créerait une véritable perturbation aussi bien dans la vie économique que dans l'éthique même du droit.

b) Il importe de nous demander maintenant si le principe de l'imprévision doit être l'objet d'une loi spéciale ou du Code lui-même.

Les lois spéciales consacrant le principe de l'imprévision sont nombreuses ; elles appartiennent à la législation durant et après-guerre, et sont appelées à rétablir l'équilibre moral et économique rompu ⁴. Ce principe

1. G. Rippert, *La règle morale dans les obligations*, 1927, 2^e éd., p. 149 ; v. aussi Morin, *La loi et le contrat*, 1928, qui demande qu'on n'accorde « ce droit au juge qu'avec une extrême prudence » (p. 92).

2. Harven, *op. cit.*, p. 241.

3. V., quant à la distinction entre l'imprévision et le cas fortuit, Harven, *op. cit.*, p. 236 et s.

4. Ces lois sont trop connues pour les rappeler encore, mais nulle n'a l'importance de la loi du 30 juin 1924 qui confère le droit de révision au juge en matière de fonds de commerce. Nonobstant le principe nouveau qui lui servait de base, cette loi a été inscrite dans le Code de commerce français.

doit-il passer dans le Code civil lui-même et doit-il être consacré d'une façon permanente par le législateur. La grande difficulté résulte de l'impossibilité de trouver une formule qui pût satisfaire simultanément les besoins de sécurité et d'équité ; c'est ce que certains projets de Code ont essayé de faire¹ ; ces essais semblent avoir été abandonnés aujourd'hui².

On ne peut en effet inscrire un tel principe dans le Code civil ; celui-ci est appelé à renfermer les notions définitivement acquises et régissant normalement les rapports civils ; le caractère tout exceptionnel de cette disposition fait qu'on ne peut l'appliquer que dans des cas très limités. Toute façon de procéder contraire présenterait plus de dangers que d'avantages ; aussi croyons-nous que l'imprévision doit continuer à faire l'objet de la législation spéciale, qui ne doit l'admettre que dans des cas particuliers.

170. Droit d'auteur. — Nous abordons maintenant l'étude d'une institution présentant un caractère nettement idéal ; elle est en effet appelée à protéger, non seulement l'intérêt pécunier de l'auteur, mais le droit moral qui y est attaché. La violation de ce droit donne lieu à des dommages-intérêts qui ne représentent pas

V. aussi pour l'Allemagne, la loi du 19 juillet 1923 (1684), modifiant la loi concernant les entreprises privées d'assurance du 12 mai 1901, qui permet de modifier les conditions des contrats d'assurance sur la vie « par une décision conforme de la direction et du conseil de surveillance si, par suite de modifications telles qu'en conservant les anciens principes d'exploitation, son existence économique est mise sérieusement en danger » ; la loi du 18 août 1923 (1815), concernant les transformations des prestations en argent en vertu de baux à nourriture. *An. lég. étr.*, 1923, p. 276.

1. V. notamment le Projet de Code tchécoslovaque, qui avait essayé de consacrer dans son art. 1342 le principe de l'imprévision. V. là-dessus Schumann, *Théorie des obligations dans le projet de code civil tchécoslovaque* thèse Paris, 1927, p. 199, qui nous indique les difficultés rencontrées à ce sujet ; v. aussi quant au Projet de Code civil hongrois, qui consacre le principe de « l'impossibilité économique » (l'imprévision), art. 1150, *Deutsche Juristen Zeitung*, 1928, p. 1231.

2. Le Congrès National des Juristes tchèques examina dans sa session de 1925 le Projet de Code civil. A la suite du rapport du professeur Sedlacek, le Congrès émit le vœu que l'article se référant à l'imprévision fût supprimé et remplacé par un texte conformément auquel « le contrat devait être conclu et exécuté de bonne foi ». V. Léger, *Comptes rendus du 2^e Congrès National des Juristes tchèques*, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1926, p. 375 et s.

toujours d'une façon précise la réparation du préjudice souffert.

L'intérêt moral auquel répond cette institution s'affirme à un autre point de vue encore ; l'œuvre, une fois publiée, n'est plus un fait purement individuel ; elle est appelée à satisfaire un ensemble de besoins sociaux ; elle acquiert par là, pour partie au moins, un caractère social. C'est ce qu'un grand nombre de législations ont compris ; aussi empêchent-elles l'auteur de refuser arbitrairement la publication de son œuvre.

La complexité des problèmes que pose cette institution explique son absence des Codes civils modernes ; elle est d'ailleurs contraire à la conception ancienne, si étroite, du droit de propriété...

L'intérêt que présentait une telle protection dans un pays à civilisation avancée s'exprime dans différentes constitutions : tel est notamment le cas de la Constitution fédérale de la Confédération de l'Allemagne du Nord qui place « la protection de la propriété intellectuelle » parmi « les objets soumis à la surveillance de la diète et de sa législation » (art. 4, al. 6).

Aussi, dès la seconde moitié du siècle dernier, nous voyons apparaître dans un grand nombre de pays des lois spéciales réglementant cette institution. Le développement de la moralité dans le droit, l'extension toujours plus grande de cette notion dans les trente dernières années expliquent le renouvellement de la législation spéciale existant en cette matière : l'époque d'après-guerre a vu éclore dans tous les pays de nouvelles lois se référant au droit d'auteur¹.

Le droit de propriété n'est désormais plus basé seulement sur la possession, mais sur le travail, sur la création... L'évolution accomplie en cette matière n'est cependant pas encore terminée ; en organisant la protec-

1. Loi tchécoslovaque du 24 novembre 1926 (n° 218), relative au droit d'auteur sur les œuvres littéraires, artistiques et photographiques ; loi roumaine du 28 juin 1923 sur la propriété littéraire et artistique ; loi suisse de 1922, etc.

tion internationale du droit de propriété scientifique¹ on a ouvert la voie à une nouvelle consécration du facteur moral dans la loi.

Nous examinerons maintenant successivement : a) Le facteur moral dans le droit d'auteur ; b) la protection d'avenir de ce droit doit-elle être assurée par voie de législation spéciale ou dans le Code civil lui-même ?

a) *Facteur moral dans le droit d'auteur.* — Nous l'étudierons à un double point de vue : a') Par rapport à l'auteur et à sa famille ; a'') par rapport à l'Etat.

a') L'unanimité des législations spéciales existant en cette matière distingue dans cette notion un droit de propriété existant sur l'œuvre et le droit d'auteur proprement dit. Ce qui l'emporte dans ce dernier, c'est son côté idéal, en ce qu'il est appelé à protéger des intérêts immatériels, tels que l'honneur, le nom, etc... Aussi, même cédé, il continue à appartenir pour partie à son auteur ; celui-ci conserve toujours, en effet, la possibilité d'agir en vue d'empêcher les atteintes qui pourraient être portées à son œuvre ou à son honneur. La loi facilite même l'exercice de ce droit, en permettant, pour le cas de copropriété d'une œuvre, à chacun de ses auteurs « de poursuivre judiciairement, de son chef, les atteintes portées au droit d'auteur commun² ».

Le caractère moral de la nouvelle législation s'affirme dans le droit de propriété lui-même ; ce droit est basé sur le travail, sur la puissance créatrice de l'auteur. Sa nature toute spéciale explique l'apparition, en cette matière, de règles propres ; la moralité dans le droit exige en effet d'accorder à l'auteur un droit de suite pour le cas où le résultat de son travail acquiert dans

1. V. « La propriété scientifique », Société des Nations Institut International de coopération intellectuelle, 1929.

2. V. not. art. 10, al. 2, de la loi tchécoslovaque déjà citée. Après avoir appliqué dans l'al. 1 du même article les règles habituelles en matière d'indivision, l'al. 2 consacre le principe plus haut cité. Art. 1^{er} de la loi fédérale du 7 décembre 1921, concernant le droit d'auteur sur les œuvres artistiques et littéraires, *Ann. de lég. étr.*, 1922 ; v. aussi même sens, art. 7 de la loi suisse du 7 décembre 1922.

les mains des tiers une valeur exagérée ; c'est ce qu'ont compris les législations modernes ¹, en accordant à l'auteur une part dans les bénéfices de la revente de son œuvre, lorsqu'ils sont en disproportion avec ceux qu'il a réalisés lui-même.

Le caractère idéal de ce droit apparaît enfin par rapport à la famille elle-même ; le législateur reconnaît à celle-ci, — après la mort de l'auteur, — un droit de propriété variant entre trente et cinquante ans. Les considérations morales qui sont à la base de ce droit exigent de le limiter à un nombre restreint de parents, et d'accorder à la femme mariée un droit de succession au moins égal à celui de ses enfants. C'est ce que les différentes législations ont d'ailleurs fait ; il suffit de rappeler, en effet, que la loi française en matière de droit d'auteur élargit pour beaucoup, dès 1866, les droits successoraux de l'époux survivant ².

a") L'importance morale de la protection du droit d'auteur apparaît aussi par rapport à la société ; aussi le législateur a-t-il toujours empêché l'auteur de refuser abusivement la reproduction de son œuvre ³.

Les intérêts moraux de la collectivité doivent également être sauvegardés : « Les œuvres qui ont une importance générale pour l'art, l'éducation, la culture de la population ne peuvent, — après la mort de leur auteur, — être modifiées ou remaniées de telle sorte que ce soit manifestement aux dépens de leur importance ou de leur valeur » ; aussi, pour assurer l'observation d'une telle disposition, confère-t-on aux « corporations publi-

1. V. loi française du 20 mai 1920. Le droit pour l'auteur de prendre part à des ventes successives a été consacré par la suite, en 1921, par le législateur belge. V. là-dessus, Pierre de Harven, *Mouvements généraux du droit civil belge contemporain*, 1928, qui y voit, avec raison, « une nouvelle extension de la propriété lorsqu'elle a pour source l'activité créatrice » (p. 126).

2. V. loi du 14 juillet 1866, art. 1^{er}, al. 2 et 3.

3. V. art. 5 de la loi roumaine sur la propriété littéraire et artistique du 28 juin 1923 ; v. aussi la loi suisse du 23 avril 1883, qui contenait « ce singulier droit reconnu à tous de représenter ou d'exécuter moyennant un tantième de 2 % les œuvres éditées » (*Ann. lég. étr.*, 1922, p. 198) ; v. enfin l'art. 660 du Code civil brésilien,

ques ou privées¹ » le droit « d'en poursuivre judiciairement les atteintes ».

b) Comment peut-on assurer la protection d'avenir de ce droit ? — Il importe de constater dès le commencement que la presque unanimité des codes civils modernes ignore cette institution² ; cela s'explique par la conception toute nouvelle qui lui sert de base et qui paraît souvent en contradiction avec les principes déjà existants. Cela résulte aussi du caractère non encore suffisamment précis de cette institution, et du grand nombre de problèmes auxquels elle donne naissance.

Le Code civil d'avenir devra cependant consacrer, à la suite de la propriété fondée sur la possession, celle basée sur le travail ; il lui suffira, ici encore, de formuler des principes généraux et d'abandonner à la législation spéciale sa réglementation plus approfondie.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet du facteur moral dans le droit d'auteur ; l'importance de ce facteur s'affirme de plus en plus dans le droit ; la nécessité de sa protection apparaît aujourd'hui comme un fait indiscutable.

L'évolution en cette matière n'est pas encore terminée : on demande de plus en plus d'étendre la protection législative à la propriété scientifique³ ; les mêmes arguments moraux militent en faveur de cette nouvelle réglementation. Aussi de nombreux projets ont été préparés qui tendent à protéger cette propriété sur le terrain du droit international⁴.

1. V. loi tchéco-slovaque déjà citée.

2. Nous avons vu en effet que seul le Code civil brésilien la consacrait.

3. V. « La propriété scientifique », Société des Nations Institut intern. de coopération intellectuelle, 1929.

4. Cette idée a déjà donné naissance au Projet de M. Joseph Barthélemy, déposé au Parlement français en 1921 et au projet de convention internationale rédigé par le sénateur Ruffini, à la Commission internationale de coopération intellectuelle en 1923, dont le principe a reçu dès 1923 l'approbation du Conseil et de l'Assemblée de la Société des Nations. V., quant à la valeur d'équité de tels projets, quant aux différences qui existent entre eux, et quant à l'évolution accomplie en cette matière, *La Propriété scientifique*, *op. cit.*, p. 216 et s., p. 258.

IV. — CONCLUSION

171. Nous terminons ainsi notre étude sur le facteur moral dans le Code civil d'avenir ; elle nous paraît suffisante pour dégager ses traits principaux.

Ceux-ci sont avant tout profondément sociaux¹. L'histoire du droit des trente dernières années, nous fait en effet assister à de rapides évolutions et transformations de l'ancien droit individuel :

Les pouvoirs du père de famille, qui hier encore s'affirmaient avec force dans le Code civil français, arrivent à se modifier complètement : ils acquièrent de plus en plus le caractère de fonction sociale exercé dans l'intérêt de la famille.

Ceux de la femme mariée apparaissent aujourd'hui presque égaux aux pouvoirs du mari ; à l'ancienne notion « d'obéissance » régissant les rapports des époux, les nouveaux Codes ont substitué celles d'« assistance » et de « collaboration ». Cette idée de collaboration s'affirme de plus en plus dans les différents Codes modernes et dans les lois spéciales qui ont suivi². Elle est établie dans l'intérêt des enfants à naître ; aussi lorsqu'un des époux manque à ses devoirs, les pouvoirs de l'autre doivent être renforcés.

L'importance morale des nouveaux Codes apparaît aussi dans la protection accordée à l'enfance. Notre étude comparée nous a fait assister à une intervention toujours plus grande de l'Etat en cette matière : il sauvegarde l'enfance malmenée ou moralement abandonnée et sur-

1. Gioele Solari, *L'Idea individuale e l'Idea sociale nel Diritto privato*, parte I, Torino, 1911, p. IX ; Saleilles, *op. cit.*, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 268-269 ; G. Morin, *La loi et le contrat* ; Perreau, Au sujet du livre de G. Morin, *La loi et le contrat*, *Rev. crit. du droit*, 1928, p. 379-381.

2. V. loi n° 11357 du 22 septembre 1926, sur « les droits civils de la femme en Argentine », *An. légis. étr.*, 1926, p. 352-354 ; loi suédoise du 27 juin 1924 relative à la tutelle, *An. légis. étr.*, 1924, p. 435 ; loi écossaise de 1920 ; V. surtout la loi italienne du 17 juillet 1919, n° 1176, édictant des dispositions relatives à la capacité juridique de la femme, notice H, Capitani, *An. légis. étr.*, 1919, p. 64 et s.

veille les parents dans l'exercice de leur puissance ¹.

Si du droit de famille nous passons à celui des obligations et de la propriété, nous assistons à une transformation similaire : ici encore, c'est le côté social du droit qui l'emporte.

Nous avons vu, en effet, apparaître au cours de notre étude des notions morales nouvelles ; l'abus de droit, l'usure, ont été successivement consacrés par le Code, dans des formules de plus en plus larges ; on accorde ainsi au juge des pouvoirs d'arbitre lui permettant d'appliquer la loi aux nombreuses circonstances de la vie.

L'ancienne notion de contrat est elle-même battue en brèche par des principes nouveaux, tels que l'imprévision. Mais l'admission de ce principe dans le Code entraînerait un véritable bouleversement de toutes les notions anciennes ; aussi, avons-nous déjà dit qu'il ne doit être admis qu'à titre exceptionnel dans une législation spéciale.

Enfin, des institutions nouvelles, tel que le droit d'auteur, demandent aussi à être consacrées par le Code. Or, ces formes de propriété présentent un caractère nettement moral ; leur admission dans le Code civil aura sans doute pour résultat d'ouvrir la voie à une évolution nouvelle du droit.

Telles sont les transformations morales intervenues en matière de droit civil, dans les dernières dizaines d'années ; si nous ajoutons la protection de la personnalité et de ses différents attributs, la sauvegarde de la santé et moralité des ouvriers, la consécration toujours plus grande du principe de la bonne foi et de l'enrichissement injuste, enfin, la notion d'obligation naturelle, on comprendra tout le chemin parcouru. Le droit se socialise, se moralise, et étend de plus en plus son domaine sur des

1. V. pour la Suède, loi relative à la garde publique des enfants, 6 juin 1924, *An. légis. étr.*, 1924, p. 458 ; v. aussi pour la Colombie, loi 79 du 6 décembre 1926 sur l'Assistance des mineurs et les Ecoles de travail, *An. légis. étr.*, 1926, p. 347 et s.

matières qui hier encore appartenaient à la morale¹ ; son caractère profondément idéal s'affirme dans les différents Codes modernes, il s'exprime par des formules générales, suffisamment lâches pour lui permettre d'évoluer. De telles formules présentent le grand avantage de suffire pendant longtemps aux besoins moraux de la vie ; mais leur caractère vague, trop peu précis, peut donner lieu aux pires dangers ; en soumettant l'activité individuelle à l'arbitraire des tribunaux, elle risque de détruire tout esprit d'initiative qui est à la base du droit même.

Aussi, concluons-nous en disant que le législateur doit s'inspirer des besoins moraux existant au moment où il légifère ; la loi n'est plus seulement la simple expression des besoins économiques², le côté idéal, moral de la vie ne peut lui être indifférent...

Mais il ne doit pas oublier que la fonction de la loi est de réglementer les rapports sociaux ; le désir d'humaniser le droit ne doit pas aller jusqu'à détruire la liberté qui est à la base de tels rapports.

1. « C'est l'avenir des lois de codifier ce que les morales enseignent d'abord » (Moro-Giafferi, préface à *L'Assention fautive* de Marco Cohen, 1929) ; c'est ce que constate aussi M. le doyen Josserand lorsqu'il dit : « les règles du droit sont, pour la plupart, empruntées à la morale, au point que le droit n'est autre chose que la morale dans la mesure où elle reçoit un caractère obligatoire ». Et l'auteur conclut : « Entre le droit et la morale, les affinités sont donc certaines et l'interpénétration est permanente et profonde » (L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 1930, p. 3).

2. V. même sens, Alfred Colmo, *Tecnica legislation del Codice civil argentino*, sec. éd., Buenos-Aires, 1927, nob. 1 et 152.

CHAPITRE V

FACTEURS JURIDIQUES DANS LE CODE

172. Nous avons examiné dans les chapitres précédents les différents facteurs sociaux intervenant dans la rédaction d'un code et avons saisi le grand nombre de problèmes qui se posent à cette occasion.

Cette étude peut paraître cependant en dehors de notre sujet ; la technique législative est une question purement formelle, soumise à des règles propres qui lui permettent d'exprimer la réalité mouvante de la vie. L'unanimité des auteurs traitant de notre sujet, paraît être d'accord là-dessus ; tous insistent sur ce caractère artificiel, résultat de la volonté humaine. Tout en reconnaissant que « le contenu et la forme » de la loi, « deux côtés de la même activité législative..., ne sont pas tout à fait indépendants l'un de l'autre ¹ », ils affirment que « la technique est indépendante du contenu de la loi ² », et que « la question des tendances fondamentales du droit privé doit rester essentiellement séparée du problème de la technique qui ne se réfère qu'à sa forme ³ ».

Il ne nous appartiendra sans doute pas de contester la grande part de vérité de cette nouvelle théorie ; la technique législative, — comme d'ailleurs toute technique, — a besoin de règles propres, elle exige d'être étu-

1. Zitelmann, *Die Kunst der Gesetzgebung*, 1904, p. 5; v. aussi Génv, *La Technique législative, Livre du Centenaire*, t. II, p. 999.

2. Zitelmann, *op. cit.*, p. 14; Demogue, *Les notions fondamentales du droit*, 1911, p. 207; Génv, *Technique législative, op. cit.*, p. 1038; H. de Pages, *De l'interprétation des lois*, 1925, t. II, p. 292-293.

3. Génv, *op. cit.*, p. 1039.

diée comme telle ; seul, cet examen permettra de percevoir d'une façon claire les différents éléments qui interviennent dans sa composition ; lui seul aussi assurera son développement et son observation plus attentive lors de la rédaction des lois.

Cela est certes vrai ; mais il ne faut pas oublier que toute technique est appelée « à simplifier, faciliter et assurer le plus largement possible l'application des règles de droit aux cas concrets¹ », que la technique législative a, plus que toute autre, à répondre à ce besoin purement pratique. Comment pourrait-elle y arriver sans modeler ses moyens suivant la complexité toujours mouvante de la vie ; et, dès lors, ses règles propres, tout en n'étant pas déterminées par les faits sociaux, ne peuvent échapper à leur influence.

Dans le droit et dans la loi, les institutions et les formules ne sont pas seulement le résultat du travail du législateur, mais aussi de celui de la vie ; la vie s'épanche dans ces formes, elle les modèle à sa taille, afin qu'elles lui permettent de trouver son application aux nombreux cas concrets. Le juriste fera certes appel, lors de la création des institutions, à des concepts, à des moyens propres et artificiels, mais il ne doit oublier que ses créations ont avant tout un but pratique ; qu'elles doivent servir de cadres à la vie ; qu'elles sont comme telles en fonction de la complexité de ses différents éléments. Il en est de même de la loi ; elle est le moule flexible qui non seulement donne, mais reçoit l'empreinte des phénomènes extérieurs de la vie².

On a dit avec raison³ que la technique législative était dominée par deux principes contraires : celui de la sécurité et celui de la transformation sociale. Or, la prédominance de chacun de ces principes est en fonction des différents facteurs intervenant dans la rédaction. Nous

1. Demogue, *op. cit.*, p. 207.

2. V. Saleilles, Conférence sur « Les rapports du droit et de la sociologie », *Rev. intern. de l'Enseign.*, 1904, II, p. 430.

3. Demogue, *op. cit.*, p. 207.

l'avons déjà souvent dit, le développement du facteur moral dans le code exige de plus en plus des formules plus larges, des formes plus souples, accordant aux juges de véritables pouvoirs d'arbitres.

Les changements de plus en plus rapides dans le droit ont réagi sur la conception même de la technique législative : « au dogmatisme législatif a succédé l'empirisme législatif ¹ » ; les lois générales, permanentes, cèdent le pas aux lois temporaires et aux règlements ².

Ces nombreuses considérations nous permettent d'affirmer que la technique législative, tout en ayant ses règles propres, ne peut ignorer l'importance des facteurs qui interviennent dans la rédaction d'un code, et en constituent le contenu ; car elle a un but purement pratique, — or pour l'atteindre, elle a besoin de moyens propres ayant une souplesse suffisante afin de pouvoir se modeler à la vie. L'application plus ou moins grande de chacun de ces éléments dépendra du contenu de la loi ; aussi avant de savoir quels sont les différents éléments de formes constituant l'objet proprement dit de la technique législative interne, nous avons cru utile d'examiner dans les chapitres précédents les facteurs politiques, moraux et économiques d'un code.

C'est ce qui explique aussi, — pour partie au moins, — la place de ce chapitre qui portera sur *les facteurs juridiques dans le Code*.

Nous nous proposons d'étudier sous ce titre un certain nombre de problèmes se référant aux sources d'un code, à son contenu, aux qualités qu'il doit réunir tant quant à la forme que quant au plan. Ces questions présentent toutes une grande importance ; de leur bonne solution dépendra pour beaucoup la valeur du travail entrepris.

Tout Code apparaît à une étape avancée du développement juridique ; il réunit et coordonne alors les diffé-

1. Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse Lille, 1914, p. 61.

2. *Ibid.*, p. 61.

rentes lois spéciales existant en une même matière : ce caractère de coordination méthodique a été souvent mis en relief par les différents auteurs¹ ; ils constatent que c'est par là que le Code se distingue des lois habituelles. Cette coordination porte sur un ensemble de dispositions légales appartenant à une même matière et formant un seul tout ; le Code arrive par là à écarter les redits, les contradictions du droit ; en classant et en simplifiant la matière, il rend sa compréhension plus simple et facilite la recherche du droit. Nous nous rapprochons ainsi de l'objet proprement dit de la technique législative qui, avons-nous souvent dit, a pour but d'assurer la réalisation du droit. Pour y arriver un grand nombre de problèmes demandent à être préalablement résolus ; c'est ce que nous verrons dans nos développements qui suivront et qui porteront sur les qualités et le plan dans un Code civil.

Les difficultés que pose notre sujet apparaissent aussi lorsqu'il s'agit de savoir quel est le contenu du Code. A première vue, la réponse paraît très simple : le Code civil devrait contenir le droit civil et rien que le droit civil. Mais si cela est vrai, en principe, l'application donne lieu à des difficultés : qu'est-ce que le droit civil ? Et surtout, à côté de ce droit, n'y a-t-il pas lieu de placer des dispositions juridiques autres qui le complètent ou le renforcent ?

Contenu, qualités, plan, tels sont des différents éléments qui feront l'objet de ce chapitre ; les liens profonds qui existent entre eux expliquent suffisamment leur rapprochement dans cette même étude ; ils se distinguent des autres en ce qu'ils présentent un caractère

1. Lévy-Ullmann, discours sur le Code civil, Université de Lille, 17 mai 1904 ; Bridel, Le centenaire du Code civil, *J. ull. Soc. Et. lég.*, 1904 ; Pic, Une loi de façade, Le nouveau Code de travail, *Questions pratiques*, 91, p. 15 ; *Grande Encyclopédie*, Codification, XI, p. 812 ; Génv, *Méthode d'interprétation*, t. I, 1919, p. 110 ; P. van Fennelen, *op. cit.*, p. 61 ; Charmont, *op. cit.*, p. 118 ; Génv, La notion de droit positif au 19^{s.} *Rev. intern. de l'Enseign.*, t. XII, 1901, p. 16 ; Glasson, La codification en Europe au XIX^e siècle, *Rev. pol. et parl.*, 1894, II, p. 201 ; Ch. Peudant, *Cours de droit civil français*, Introduction, 1896, p. 37.

juridique plus prononcé que ceux rencontrés jusqu'à présent. Aussi, les avons-nous placés, — après d'autres ¹, — sous le titre des « Facteurs juridiques dans le Code ».

A côté et en plus de ces questions, un autre ensemble de problèmes demande à être résolu ; le code n'est pas le résultat d'un instant, mais celui de siècles. Quels sont, dans le temps, les différentes sources intervenues dans sa rédaction, et quelle est l'importance de chacune d'entre elles ? C'est ce que nous dirons au commencement de la section qui suivra. Il y aura lieu enfin de se demander si, — avec la rédaction d'un code, — les différentes sources du droit sont appelées à disparaître, ou bien si la codification donne naissance à tout un renouveau dans la coutume et dans la science.

Telles sont les nombreuses questions que nous aurons à examiner dans ce chapitre ; leur importance et leur caractère tout spécial, nous les a fait placer à la fin de ce livre de technique législative interne.

I. — LES SOURCES

173. Nous commençons notre chapitre sur « le facteur juridique », avec l'examen des principales sources du droit ; nous ne les étudierons que dans la mesure où elles sont appelées à concourir à la rédaction d'un code. Après quoi, nous poserons la question de savoir si sous notre système de codification, les autres sources du droit peuvent continuer à subsister, et dans quelle mesure.

Tout code, ainsi qu'il a déjà été dit plus haut, apparaît à une époque de développement juridique avancé ; il est alors appelé, non pas à créer le droit, mais à le constater simplement ² ; aussi suppose-t-il la cristallisation des

1. A. Colmo, *Tecnica legislativa del Código civil argentino*, sec. éd., Buenos-Aires, 1927.

2. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1922, p. 25 ; cette idée a d'ailleurs plus d'un siècle, puisqu'on la retrouve, — comme nous le verrons plus loin, — chez Savigny ; v. Saleilles, *L'école historique et le droit naturel*, *Rev. trim. de droit civil*, 1902, p. 83 ; v. aussi Huber, *Exposé de motifs du Code civil suisse*, t. II, p. 5.

tendances générales du droit qu'il est destiné à exprimer. Ce fut le cas pour les différentes codifications dont nous avons déjà souvent parlé : toutes ont été précédées d'études informatives destinées à faire connaître les nombreuses tendances existant dans le pays sur les matières à traiter. Et lorsque le législateur a méconnu ce principe, il n'a pu que produire un travail qui ne pourra lui survivre ; tel est le cas, croyons-nous, du Code civil soviétique, expression de théories métaphysiques et de principes surannés.

Ces tendances du droit, existant à un certain moment, sont le résultat de sources différentes, mêlées souvent ensemble d'une façon inextricable, souvent existant à l'état isolé. Quelles sont ces sources ? Et comment interviennent-elles dans la rédaction d'un code ? Elles sont multiples ; ce sont : *a)* le droit romain ; *b)* la coutume ; *c)* la science juridique ; *d)* la tradition historique.

Nous examinerons tour à tour chacune de ces sources et nous essayerons d'établir le rôle de chacune d'elles dans la rédaction des différents Codes.

174. Droit romain. — Le rôle du droit romain comme source juridique est trop connu pour nous y arrêter longtemps ; il suffit d'ailleurs de parcourir les différents Codes civils modernes pour nous en rendre complètement compte. Si nous avons cependant cru utile de revenir là-dessus, c'est que l'examen de cette question nous a paru indispensable dans une section portant sur les sources du droit.

En effet, le droit romain a fourni, non seulement la matière de plus d'une des institutions modernes, — il a donné les cadres à toute une vie juridique et à servi de « ciment » à sa multiplicité et diversité.

La renaissance des études du droit romain au *xr^e* siècle a entraîné après elle une véritable révolution dans la science et la vie du droit privé ; le nouveau droit a non seulement influencé la jurisprudence et la science, — il s'est même imposé souvent comme règle impérative sur

plus d'un territoire. Qu'il nous suffise de rappeler l'influence exercée par le droit romain dans le Midi de la France et son infiltration dans les différentes coutumes du Centre¹ et de Normandie².

Dans le pays de droit écrit, l'influence romaine n'avait jamais disparu complètement ; aussi le nouveau droit devait s'y implanter « comme loi véritable, comme loi écrite³ ». Il en fut de même en Allemagne où le droit romain fut accepté comme droit commun subsidiaire, — à défaut de coutumes ou de législations locales.

Son importance apparaît suffisamment si on se rappelle que le droit romain était le seul droit unitaire pour toute l'Allemagne. Quant au reste, les coutumes et les législations locales multiples, qui l'emportaient en principe sur le droit romain pour un certain territoire, ne régissaient que de petites étendues ; aussi comprend-on facilement que pendant longtemps le droit romain ait empêché le développement d'un droit national allemand⁴.

Tels sont les faits ; le droit romain a acquis, tant en France qu'en Allemagne, à partir du x^e siècle et durant les siècles suivants, une importance de plus en plus grande. Ce qui distingue à ce point de vue les deux pays, c'est que, tandis qu'en Allemagne il devait s'étendre sur tout le territoire et acquérir un caractère subsidiaire, en France sa poussée fut arrêtée par les coutumes du Centre et du Nord, qui, tout en s'imprégnant de droit romain, surent empêcher son acceptation en bloc⁵.

Si nous nous demandons quelles sont les raisons de

1. Parmi ces coutumes, celle de Paris notamment accomplit la fusion entre le droit romain et le droit coutumier ; aussi a-t-on pu écrire avec raison un travail remarquable sur *La Coutume de Paris, Traité d'union entre le droit romain et les législations modernes*, Olivier Martin, 1925.

2. V. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 15^e éd., 1925, p. 681 et s. ; Meynial, *Cours d'histoire du droit privé français*, 1925-926.

3. Esmein, *op. cit.*, p. 681.

4. C'est ce qui explique qu'on considéra pendant longtemps le droit romain comme le véritable droit allemand. V. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 904, p. 8 ; Saleilles, *An. soc. lég. comp.*, 1891, t. XXVI, p. 143 ; Saleilles, Préface au Code civil allemand, t. I, 1904, p. X.

5. Esmein, *op. cit.*, p. 1682.

cette importance, nous constatons, dès le commencement, qu'elles sont multiples ; sans parler de l'attraction exercée par les principes d'égalité et de liberté du droit romain Justinien, qu'il nous suffise de rappeler la supériorité technique de ce droit.

Il ne faut pas oublier que la presque totalité des instruments techniques modernes sont d'origine romaine et appartiennent à l'époque classique de la fin de la République ; le droit romain s'imposait par sa clarté, par son armature, par sa puissance analytique et synthétique. A la multiplicité des coutumes, des statuts, des droits, il opposait son unité ; de plus, « ce droit nouveau se présentait surtout sous la forme d'un appareil scientifique de nature à se prêter à tous les progrès et à tous les développements qu'exigeait une civilisation plus avancée ; c'est là l'immense valeur scientifique du droit romain d'être une législation de principes plutôt que de dispositions codifiées, si bien qu'on ne soit jamais lié par la lettre d'un texte et qu'on n'ait qu'à appliquer, sous des formes extrêmement élastiques, des principes généraux à des rapports de faits progressifs et valables¹. Telles sont les raisons profondes qui expliquent l'admission du droit romain, tant en France qu'en Allemagne ; dans les régions où il s'appliqua, il servit de « ciment » entre les différentes coutumes ; dans ces cadres se forma un droit commun unitaire qui devait conduire à la codification du droit².

On perçoit facilement l'importance du rôle joué par le droit romain dans l'unification du droit civil ; en s'imposant comme loi écrite, en influençant les différentes coutumes qui se partageaient le territoire, en suscitant, enfin, de nombreux travaux de doctrine, il a posé les bases des Codes civils modernes. Aussi ne pouvions-nous parler des sources du droit sans dire un mot de la plus importante d'entre elles : du droit romain.

1. Saliciles, *An. de lég. étr.*, 1891, t. XXVI, p. 183.

2. Nous l'avons déjà souvent indiqué, aussi n'y insisterons-nous pas à nouveau.

Quant à son influence sur les Codes civils modernes, elle se manifeste autant dans la matière que dans le plan :

a) *Matière.* — Il serait sans doute très aisé d'examiner les différentes institutions des Codes civils modernes et d'indiquer, le cas échéant, leurs origines romaines ; nous ne le ferons cependant point, car cela nous conduirait trop loin. Contentons-nous de rappeler, après d'autres¹, l'origine toute romaine de la matière des obligations et conventions : non seulement leurs principes généraux ont été souvent puisés dans les textes des juriconsultes romains², mais l'organisation même des différents contrats y trouve sa base ; qu'il suffise de rappeler la matière de la vente et les nombreuses règles romaines qu'elle contient, ou bien encore celles du louage et de la société.

Mais ce n'est pas seulement en matière d'obligations et de conventions que la source romaine du droit nous paraît indiscutable : il en est ainsi aussi en de nombreuses autres matières du droit des personnes et des choses³. Si nous avons cependant cru devoir surtout citer la matière des obligations, c'est que l'empreinte romaine est plus forte ici qu'en toutes autres matières ; le « droit des affaires » civiles modernes puise, en effet, dans la science classique des 1^{er} et 11^e siècles de la République, l'ensemble des cadres et la matière qu'il conserve encore aujourd'hui.

1. V. notamment Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français* t. VI, Obligation, 1930, n° 3, p. 3 ; Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904 ; Raoul de la Grasserie, *Projet de Code civil allemand, Etude générale*, p. XXXI ; Saleilles, *Code civil allemand, Introduction*, t. I, 1904, p. X ; Saleilles, *Communication sur la théorie du Code civil allemand*, *Bull. Soc. Lég. comp.*, t. XVIII, 1888, p. 167 ; Ripert, *La règle morale dans les obligations*, p. 3 et 4.

2. Cela est aujourd'hui universellement reconnu.

3. V. pour l'Allemagne Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.* L'auteur constate que le droit romain est « devenu pour nous un facteur culturel de premier ordre ; le nier signifierait nous priver des moyens les plus importants de la formation juridique. C'est par là qu'il vit dans nous, malgré que sa force ait été abrogée : 1° comme base d'innombrables articles qui ont puisé leur source dans le droit romain ; 2° comme base scientifique nécessaire du Code civil » (p. 5).

Certes, les Romains ne connaissaient pas de réglementation générale spéciale aux rapports entre commerçants ; seules les nécessités économiques du moyen âge ont donné naissance à ce nouveau droit. Mais cela excepté, le droit des obligations s'affirmant dans les différents Codes civils modernes, surtout dans le Code civil français, n'est que la continuation du droit classique romain. Cela explique sa force, et souvent sa faiblesse.

Il n'en est plus ainsi en matière de famille. Certes, l'origine romaine apparaît dans plus d'une institution ; mais elle y subit souvent l'influence de tendances contraires¹ ; à l'ancienne conception de la succession romaine par exemple, ayant avant tout un « but patrimonial », le droit germaniste oppose une notion nouvelle : celle d'un patrimoine ayant un caractère surtout moral et devant servir à l'entretien de la famille. Ce qui prévaut à Rome, même à la fin de la République, et nonobstant les atténuations apportées, c'est la règle ancienne *si intestato moritur...* — la succession légitime ne vient qu'après la succession testamentaire. Il en est tout autrement dans le droit germanique qui n'accepte la succession testamentaire qu'en l'absence d'héritiers.

Cette dernière conception n'a pu ne pas avoir son influence dans les différents Codes modernes : elle apparaît déjà dans le Code civil français qui non seulement consacre la théorie de « la saisine », mais admet aussi « qu'il n'y a de véritable succession que la succession *ab intestat*² » ; elle s'affirme surtout dans les Codes civils allemand et suisse, en réglementant d'une manière de plus en plus complète la constitution du « bien de famille ».

Ce n'est pas seulement en cette matière que le droit germanique coutumier l'emporte sur le droit romain ; il en est de même dans un grand nombre d'institutions³.

1. V. pour le Code civil allemand, Saleilles, Code civil allemand, Introduction, t. I, 1904, p. XX.

2. Ambroise Colin et Capitant, *Traité élémentaire de droit civil français*, t. III, p. 366.

3. Il en est ainsi notamment dans les divers régimes matrimoniaux.

où les deux sources voisinent ou s'excluent mutuellement. Nonobstant, l'influence du droit romain dans les Codes civils modernes conserve toute son importance.

Tout en s'imprégnant du droit germanique coutumier canonique, la législation civile moderne a puisé sa matière dans le fonds romain ; les principes de liberté et d'égalité qui semblent à beaucoup être une conquête moderne ont une origine essentiellement romaine¹. Certes, ces principes avaient alors une compréhension tout autre et, en tout cas, beaucoup plus limitée que celle d'aujourd'hui, mais en posant ces principes à la base du droit civil, le droit romain a ouvert la voie à toutes les grandes créations juridiques modernes.

b) *Plan*. — Nous l'avons dit déjà plus haut, ce qui a fait la force du droit romain, ce qui lui a permis de s'imposer dans le droit civil et dans les codes, ce fut avant tout sa systématique, son armature technique² ; par là, il devait servir de cadre aux nouvelles formations du droit.

Nous verrons plus tard, lorsque nous étudierons la valeur d'un plan dans un code, que le droit romain a fourni les différents systèmes de division des Codes civils modernes ; c'est ainsi notamment que le Code civil français a suivi le système établi par les Instituts de Gaius et reproduits par ceux de Justinien ; quant au Code civil allemand, qui garde avant tout un caractère nettement scientifique, il a emprunté la division de ses cadres aux Pandectes³.

Nous dirons par la suite quelle est la valeur de chacun d'entre eux nous nous contentons de constater pour le moment que le droit romain a servi de source aux Codes civils modernes tant par rapport à la matière que par rapport au plan suivi ; cela surtout en matière d'obliga-

1. Louis Bridel, *Le centenaire du Code civil*, *Bull. Soc. Et. légis.*, 1904, R. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 54.

2. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 54.

3. V. quant au besoin d'employer cette technique dans le droit allemand, Planck, *Zur kritik des Entwurfes eines B. G. B.*, *Archiv für die Zivi...*, 1889, 76, p. 333.

tions. Il y a posé les jalons d'un droit commun uniforme en matière d'affaires.

Quant au reste des matières, nous ne croyons pas que l'empreinte laissée par le droit romain puisse conduire à un « droit commun universel ». Certes, son influence apparaît partout ; mais il ne faut pas oublier que le droit romain, en s'implantant dans divers pays, y a subi à son tour l'influence spéciale qui s'y manifestait ; il a servi de cadre aux faits juridiques nationaux, — ceux-ci ont non seulement reçu son empreinte, mais la lui ont donnée. Il s'est produit ainsi, comme toujours, des échanges et des modifications entre la technique et la vie. Si le droit romain a pu devenir le droit commun de l'Allemagne, c'est qu'il a eu des cadres souples pouvant évoluer et s'adapter à la nouvelle vie juridique ; de ces transformations est sorti un droit suffisamment large pour donner asile à des notions toutes nouvelles, tels que les titres au porteur, l'obligation abstraite ¹.

L'origine était romaine, mais le tout était profondément modifié ; aussi conçoit-on que le promoteur de l'école historique allemande, Couring, arrivait à considérer le droit romain comme un véritable droit allemand ².

Telles sont les considérations qui nous font croire que le droit romain ne puisse conduire à « un droit commun général ³ » ; en des matières comme celles du droit de famille, l'empreinte originale, nationale, est trop forte pour qu'on en puisse faire abstraction.

Nous avons dit que le droit romain avait facilité, dans l'intérieur du pays, l'unification du droit civil ; qu'il avait conduit par là aux Codes civils modernes. Cela est certes

1. Aussi a-t-on pu dire que « le droit romain c'est le droit de l'homme associé et non pas le droit des Romains » (Colmo, *op. cit.*, n° 43, p. 106).

2. V. Bertrand, De la codification, Discours prononcé à l'audience de rentrée de la Cour de cassation, 1888, p. 14; Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904.

3. Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, p. 917 et s.; Lévy-Ullmann, préface de la Collection des Etudes théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international, 1923, *Vers un droit mondial du XX^e siècle*, p. 8.

vrai ; il faut cependant reconnaître que quelle que soit sa souplesse, à la suite des transformations des cent dernières années, il a paru à beaucoup n'être plus suffisamment développé. Nous avons vu, — lorsque nous avons étudié le facteur politique, — que le caractère individuel de nos Codes a une origine toute romaine et est souvent complètement insuffisant, qu'il n'était plus d'accord avec le développement de plus en plus social du droit. Tout en reconnaissant à cette occasion les dangers auxquels pouvait conduire la notion sociale du droit trop largement comprise, nous avons déclaré que la conception romaine nous paraissait bien trop étroite.

Les besoins économiques de la vie ont nécessité de nouveaux rapports juridiques qui ne trouvent pas leur place dans les anciens cadres : telle est la notion de représentation, de la stipulation pour autrui, du contrat passé entre plusieurs ; l'ancienne notion de convention passée entre deux personnes bien déterminées nous paraît de plus en plus insuffisante. Il en est de même des cadres étroits, et souvent illogiques, existant en matière de sociétés et de louage. Aussi, de nombreuses modifications sont-elles intervenues dans les codifications qui ont suivi ; les anciens cadres ont été brisés pour faire place à des notions nouvelles ; nous avons dit déjà cela dans nos développements antérieurs, aussi ne nous y arrêterons-nous plus.

Néanmoins, et nonobstant ces transformations, le droit romain continue à régir le droit civil des derniers Codes modernes. Quant aux lacunes que présentait la structure ancienne, elles sont normales après toutes les transformations intervenues : elles ne détruisent pas l'harmonie et l'unité du droit romain qui continue à être la source la plus importante dont nous ayons eu à traiter¹. Aussi avons-nous commencé par lui.

1. Elle se manifeste non seulement dans les codifications européennes, mais même en Amérique. C'est ce que constatait M. Charles F. Beach, avocat à la Cour Suprême des E.-U., dans son Discours d'ouverture à la Faculté de Droit de Saint-Paul, lorsqu'il disait : « le droit romain est en fait la source où nous avons puisé directement et indirectement, la plus

175. *La coutume.* — Nous avons vu dans les développements ci-dessus, qu'à côté du droit romain, s'affirmant comme source de droit civil, apparaissait la coutume : son rôle dans la formation du droit civil est des plus importants. C'est par elle que s'exprime le droit national d'un peuple : résultat de la volonté commune, il arrive à la vie juridique par le cadre de la coutume.

La coutume constitue la première étape du développement d'un droit national ; d'abord orale, elle se transforme bientôt en droit écrit ; il serait sans doute très intéressant de suivre, pour les divers pays, les diverses phases de cette transformation ; nous ne le ferons pas, nous contentant de renvoyer pour cela aux différents manuels d'histoire du droit. Ce que nous tenons simplement à relever, c'est que, d'abord restreinte à un petit territoire, elle peut se développer, par la suite, considérablement ; transformée en droit écrit, elle acquiert alors une grande importance. Tel fut le cas pour les Coutumes de Paris et d'Orléans, rédigées au commencement du xvi^e siècle. Tant par l'étendue de leur application que par les études doctrinaires auxquelles elles donnèrent lieu¹, elles exercèrent une grande influence lors de la rédaction du Code civil français², il faut néanmoins reconnaître qu'en général « la matière des coutumes est beaucoup moins riche et a subi une moindre élaboration juridique que celle des compilations romaines³ ».

Cette absence d'élaboration existe surtout en Allemagne où l'apparition trop brusque du droit romain a

grande partie de nos conceptions légales, comme aussi la plus grande partie des règles spécifiques de notre droit et de notre procédure ». Et plus loin, il constatait que « pratiquement, toute notre science technique de la jurisprudence » vient du Code de Justinien (1919, p. 3-4).

1. J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil*, 1927, p. 198 ; Lamoignon avait préparé sur la trame de la coutume de Paris, une « loi générale des coutumes » qui put être promulguée par ordonnance royale et dont maint article a été inséré textuellement dans le Code civil » (Bertrand, *op. cit.*, p. 26) ; Pothier, *Commentaire de la coutume d'Orléans*, 1760 ; v. aussi Thézard, Influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne, *Rev. hist. dr. franç. et étranger*, 1866, t. XII, p.

2. *op. cit.*

3. J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1927, p. 198.

empêché le développement normal du droit coutumier allemand¹ ; nous trouvons néanmoins, même en Allemagne, l'existence, au XI^e siècle, du *Saxen-Spiegel* et du *Swaben-Spiegel* qui s'appliquèrent à des territoires plus étendus² ; réunissant les traits communs des différentes coutumes, ils posèrent la base du droit futur. La formation d'un droit coutumier commun pour l'Allemagne paraissait cependant impossible à cause de la multitude et de la diversité des coutumes.

Il n'en fut pas de même en France où la rédaction des coutumes à la fin des XV^e et XVI^e siècles donna lieu à de nombreux travaux de doctrine qui étudiaient les traits principaux communs³ ; c'est par l'intermédiaire de ces travaux que le droit commun coutumier passa dans le Code civil français.

Si nous essayons de dégager maintenant les éléments principaux communs³ ; c'est par l'intermédiaire de ces caractères et la distingue de la loi, c'est sa nature souple, évolutive. Celle-ci apparaît surtout lorsque la coutume garde encore sa forme orale ; née de la conscience du peuple, elle se modifie avec et suivant les besoins de cette conscience ; n'étant soumise à aucune forme extérieure, elle se transforme avec le plus de rapidité possible. Il n'en est plus ainsi lorsque la coutume, définitivement établie, prend la forme écrite ; ce qu'elle gagne en précision, elle le perd en facilités de transformation. Elle se rapproche par là de la loi écrite.

Certes, le caractère évolutif de la coutume lui permet d'être à chaque instant d'accord avec les besoins ressentis, d'être continuellement en fonction de l'ambiance où elle évolue, mais en évoluant trop vite, elle est souvent difficile à constater et à saisir ; elle conserve un caractère peu précis, parfois confus ; aussi, si elle suffit aux

1. C'est ce que constate notamment Planck, *op. cit.*, t. I, p. 2 ; v. cependant même en France, Pothier, Introduction aux « *Pandectae Justinianae* en novum ordinum digestae, » (1748) qui déclare que le droit coutumier est un droit « sans principes, sans lien, sans unité, formé au hasard d'un tas de décisions incohérentes ».

2. Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. I, p. 2.

3. V. note 1, p. 135.

moments de faibles développements économiques, il en est tout autrement à une étape avancée. Le principe de sécurité qui est la base du droit demande des formes précises, nettes, claires ; dès lors, à côté de la coutume, apparaît une nouvelle source du droit, la loi ¹.

On connaît les nombreuses discussions intervenues à son sujet au siècle dernier en Allemagne : Savigny et l'Ecole historique ², craignant que la rédaction d'un Code n'arrête l'évolution du droit, déclaraient que, seules, la doctrine et la coutume pouvaient être considérées comme source de droit ³ ; quant au Code, son rôle se limitait à constater les coutumes déjà formées ; de là, la nécessité de l'existence préalable à la rédaction d'un code, d'un droit commun coutumier définitivement formé.

Certes, un Code exige la formation préalable du droit qu'il est destiné à constater ; depuis toujours, les actes officiels, instituant des Commissions dans le but de rédaction, les chargent « de compiler les coutumes existantes et d'en compléter les lacunes ⁴ ». Cela est normal, puisqu'un code doit conserver avant tout le caractère national : il ne pourrait y arriver sans une étude préalable des différentes tendances et besoins existant dans le pays où il légifère. Tout en s'inspirant du droit national,

1. V. Saleilles, Du rôle de la méthode historique, *Revue de l'Enseign.*, 1890, t. XIX, p. 430 ; v. quant à ces discussions, professeur Otto Mayer, article publié dans la *Frankfurter zeitung* du 20 mars 1904, *Bull. Soc. ét. lég.*, 1904, p. 402 ; Charmont, Source de droit positif à l'époque actuelle, *Rev. de méth. et de morale*, janvier 1906, p. 120 ; v. aussi quant aux faits auxquels répondent ces deux sources distinctes de droit, R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 211 ; P. van Fennelen, *op. cit.*, p. 59 et suiv.

2. V. quant à Savigny, Saleilles, l'Ecole historique et le droit naturel, *Revue trim. du droit*, 1902, p. 83 ; v. aussi H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales*, 4^e éd., 1922, p. 25 qui constate que : « la loi n'est pas la source originaire du droit ; elle n'en est que la constatation » ; v. quant au besoin du caractère national du droit, Saleilles, *Droit civil et droit comparé, Revue intern. de l'Enseign.*, 1911, I, p. 22 ; Charmont, Sources du droit positif à l'époque actuelle (*Revue de métaph. et de morale*, janvier 1906, p. 119) ; Baudry-Lacantinerie, *Les personnes*, t. I, p. 71-73.

3. V. Saleilles, *Introduction au droit civil allemand*, 1904, qui nous rapporte la distinction établie par Savigny entre les *Vollrecht* et la *Juristenrecht*, p. 25.

4. Marcel de Gallaix, *La réforme du Code civil autrichien*, 1925, qui rappelle ce fait à propos de la commission Azioni de 1753.

il ne doit pas s'y arrêter, mais le dépasser ; il crée par là le droit et peut donc être considéré comme source de droit.

En soumettant les faits juridiques à des règles de forme et de fonds, le code leur confère un caractère de précision et de sécurité inconnu jusqu'à lui ; on a pu se demander avec raison si cette précision, conférée aux normes légales, n'empêchait pas l'évolution, si, en les cristallisant dans des formules concises, on n'arrivait pas à les dénaturer.

Nous avons vu ce qu'il fal'ait penser là-dessus et comment l'unanimité des auteurs était aujourd'hui d'accord pour reconnaître que, loin d'empêcher l'évolution du droit, en le débarrassant des parties inutiles, en le rendant plus précis, un Code facilitait le développement du droit. Celui-ci est d'ailleurs une force sociale, soumise comme toutes les autres forces à un mouvement perpétuel ; on ne pourrait donc concevoir son immobilisation. Même enfermée dans les formules d'un Code, la transformation du droit continue à s'accomplir par l'intermédiaire de la jurisprudence, de la science et de la coutume. Nous verrons, dans des chapitres suivants, la façon dont la jurisprudence intervient dans l'évolution des formules de la loi ; nous nous contenterons ici d'examiner le rôle de la coutume et de la science juridique, sous un régime de codification. Et d'abord, dans cette sous-section, celui de la coutume.

Nous avons vu, dans nos développements précédents, l'objet de la coutume comme source de droit, et nous avons dit à cette occasion que ce qui la caractérisait c'était son caractère variable, peu précis, convenant à une époque peu avancée du développement juridique. Il y a lieu de se demander maintenant si sous un système de codification la coutume peut subsister et quelle est sa force ?

Ce qui permet de poser cette question, c'est que la codification paraît correspondre à une phase plus avancée du droit ; elle répond à un besoin de sécurité ; aussi

doit-elle assurer l'unité et l'intégralité de la loi pour les matières où elle intervient. Comment, dès lors, pourrait-elle abandonner à la coutume une partie de son domaine d'application ? Ne serait-ce pas faillir à sa tâche ? Aussi, certains auteurs, parmi lesquels Bentham¹, demandent que le Code n'abandonne rien à la coutume ; l'obligation pour lui d'être complet le contraint à renfermer la totalité des règles de droit se rapportant à son objet. Est-ce bien vrai. Et cette conception ne résulte-t-elle pas d'une opinion trop étroite de la nature du droit ?

Afin de pouvoir répondre, une distinction nous paraît indispensable. Nous avons vu lorsque nous avons parlé du facteur politique, la nécessité dans laquelle se trouvait le codificateur, surtout dans les pays confédérés, d'abandonner souvent une grande part de liberté aux législations et aux coutumes locales ; elle s'explique par la diversité des besoins et des tendances existant sur un même territoire ; dans ce cas, une formule unique n'arriverait pas à les satisfaire toutes. Il y a de plus des règles de droit qui n'étant pas encore arrivées à leur dernier développement, résistent à toute formule légale. Il est nécessaire, pour tous ces cas, de renvoyer aux coutumes locales ; c'est ce qu'ont fait la plupart des Codes² en se référant aux « usages locaux ».

Il ne peut y avoir de discussions possibles là-dessus ; même sous un régime de codification, la coutume continue à être source de droit puisque la loi y renvoie expressément. C'est ce que déclarait d'ailleurs expressément l'article 2 du 1^{er} projet de B. G. B., lorsqu'il disait : « Les règles du droit coutumier ne sont applicables que lorsque la loi renvoie à la coutume³. »

1. *Œuvres* de Bentham, t. III, p. 94; Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, t. III, ch. XXXI. *Codification*, p. 339. V. aussi Courtnay Ilbert, *op. cit.*, p. 52.

2. Tel est le cas du Code civil français. Esmein croit que ce renvoi aux « usages locaux » s'explique par la volonté d'« éviter la voie à un système coutumier général ». La coutume doit-elle être reconnue comme source de droit civil français ? *Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, p. 538. Aussi l'auteur nous rapporte que la jurisprudence française n'admet la prise en considération de la coutume « qu'autant que la loi y renvoie dans ses divers articles » (p. 537).

3. Hölder, *Commentar des B. G. B.*, t. I, p. 52.

Bien entendu ces renvois exprès ne peuvent se référer qu'à des situations juridiques secondaires, ou présentant un caractère réglementaire, qui ne pourraient rompre l'unité du Code. Ainsi limitées, ces formules sont non seulement utiles mais nécessaires ; elles permettent au législateur à ne maintenir dans son code que les règles générales et à ne pas l'encombrer des dispositions réglementaires inutiles. En accordant une importance de plus en plus grande à la coutume en matière d'obligations, on facilite l'unité du droit privé en cette matière ¹.

La seconde hypothèse présente plus de difficultés ; elle consiste à se demander si, la codification intervenant, une coutume peut se former pour les situations réglées dans le code. La question ne peut certes se poser pour les coutumes existant au moment de la rédaction sur la matière à traiter et dont le code n'a pas fait mention. En effet, puisque le code ne contient pas de dispositions qui y renvoient, on doit supposer qu'il a voulu régler intégralement la matière ; « une admission contraire ne peut être présumée d'une codification ayant l'intention de régler exclusivement... le domaine relevant de sa compétence ² ».

Quid alors pour les coutumes postérieures ? Est-il à supposer que le codificateur ait voulu régir pour l'avenir la totalité des rapports se référant à la matière traitée ? Nous ne le croyons pas ; — même s'il avait voulu le faire, il n'aurait pu y arriver. Les auteurs qui, comme Bentham, demandaient que le législateur n'abandonnât rien à la coutume, confondaient la loi et le droit : ils croyaient sans doute que sous un système de codifications, le code devait comprendre la totalité du droit.

Un tel système ne peut même plus faire objet de dis-

1. Cette idée fut émise par Vivante dès 1893. Parlant de l'unité à établir en matière d'obligations, l'auteur déclarait que : « toute la réforme se réduisait... à étendre à toutes les obligations cette fonction créatrice de l'usage, qui est, en matière civile, réduite aux contrats » (Cesar Vivante, *Un Code unique des obligations*, *An. du Droit commerc.*, p. 17).

2. Hôlder, *op. cit.*, p. 52.

cussions aujourd'hui¹ ; la complexité de la vie rend en effet impossible, ou en tout cas très malaisée, la compréhension complète de toute une matière du droit dans les cadres d'un code ; de là l'emploi plus fréquent des lois particulières, — de là aussi les nombreux renvois à la coutume.

Même si cela était possible, il ne faut oublier que le législateur ne légifère que pour les cas connus, au moment de la rédaction ; or, la complexité et la mobilité de la vie font apparaître à chaque instant des cas nouveaux. Comment peut-on empêcher dès lors l'intervention de la coutume, et leur transformation en règles de droit ?

L'application de la loi donne elle-même lieu à des interprétations différentes ; la jurisprudence essaye à chaque instant de mettre la loi d'accord avec la vie. Aussi est-ce avec raison, croyons-nous, qu'on a vu « la coutume résulter souvent d'une déviation de la bonne interprétation de la loi² ».

La coutume naît donc sous le régime de la codification soit de l'interprétation de la loi, soit de faits nouveaux qu'elle n'avait pas à prévoir. « Si la législation ne l'a pas exclue en fait, par l'établissement de règles particulières, elle se mettrait en contradiction avec elle-même en lui déniait toute valeur. Elle ne pourrait du reste en user ainsi, qu'en remplaçant le droit effectivement observé par du droit écrit. »

Nous sommes tout à fait d'accord avec les paroles du

1. V. en plus des auteurs souvent cités, le très judicieux article de M. N. Titulesco, Comment devons-nous comprendre l'éducation juridique, publié dans le *Curierul Judiciar*, 1906 ; Gény, La notion de droit positif au XIX^e siècle, *Rev. intern. de l'Enseign.*, t. XLI, 1901, p. 33 ; Gény, *La technique législative*, op. cit., p. 1031 ; Paul Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles du droit*, thèse Lille, 1914, p. 52 ; Cosentini, *Le droit de famille. Essai de réforme*, 1929, p. 1-2.

2. Holder, op. cit., p. 58 : « Comme chaque loi peut être interprétée de façons différentes, on ne peut pas arriver autrement à une interprétation établie qu'en lui donnant une valeur juridique. Cette valeur juridique ne peut être indépendante du contenu original de la loi que par le moyen d'une coutume » (p. 58) ; Leroy, L'avant-projet du Code civil suisse, *Rev. de Paris*, 1^{er} déc. 1902, p. 667.

très distingué rédacteur du Code civil suisse, M. le professeur Huber¹ ; nous ne croyons pas, cependant, qu'elles puissent s'appliquer d'une façon normale aux coutumes existant avant la rédaction du Code. Celle-ci entraîne, après elle, une présomption d'unification et d'intégration de toute une matière du droit en un système unique ; il en est certes autrement dans le Code civil suisse qui déclare expressément dans son article premier, alinéa 2 : « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier... », mais nous croyons que cette indication précise du Code est nécessaire pour notre cas².

Quel que soit l'avantage qui puisse résulter d'une telle formule au point de vue de l'interprétation du droit et de la liberté accordée aux juges, nous croyons que les codifications modernes doivent en user le moins possible³. Les dispositions sur la valeur et l'autorité de la coutume présentent un caractère nettement scientifique, susceptibles de varier avec les époques.

Suivant qu'on accordera une plus ou moins grande importance aux principes de la sécurité ou à celui de la transformation sociale, on modifiera la valeur respective de ces deux sources de droit. Il suffit de rappeler le caractère tout réglementaire des dispositions civiles d'après-guerre, faisant suite aux principes de large liberté des codifications modernes, pour nous rendre compte de la réalité de nos affirmations.

Une disposition telle que celle du Code civil suisse peut présenter un grand danger dans les pays nouvellement formés. Certes, le Code civil appelé à les régir devra tenir compte des coutumes et des besoins locaux ; il devra donner asile à toutes les institutions ayant fait leurs preuves dans le passé. Mais il devra faire dominer

1. Exposé de motifs, t. I.

2. V. quant aux pouvoirs de la coutume qui résultent d'une telle formule, Henri de Pages, *op. cit.*, t. II, p. 14, et note 1.

3. V. même sens Géný, *Méthodes d'interprétation*, t. I, p. 223-225 ; la tendance dans les différents Codes est dans ce sens, p. 225. V. cependant exemples contraires cités par l'auteur, p. 223, note 1, et 224, notes 1 et 2.

partout un caractère nettement national. Or, on conçoit facilement que, seul, le législateur peut y arriver par l'unité et l'uniformité de son œuvre, lui seul peut imposer des principes juridiques fermes, précis, unissant tous les citoyens d'un même pays dans la confiance commune d'un même droit ; il en est tout autrement de la coutume qui, par son caractère changeant, évolutif, est souvent difficile à saisir et à imposer.

En résumé, la coutume nous paraît utile, indispensable, surtout aux époques de changements et de transformations semblables à celles d'aujourd'hui ; née de la conscience du peuple, elle en exprime les besoins ; constituant la première étape de l'évolution juridique, elle en prépare les matériaux.

Même sous un régime de codification, elle continue à subsister en marge de la loi ; par son travail lent de renouvellement continu, elle donne à la loi toute sa plasticité et lui permet d'évoluer avec la vie. Aussi la loi y renvoie-t-elle souvent¹. Sa nature changeante, évolutive, ne convient cependant pas aux époques de consolidation d'une nation.

176. Science juridique. — Après avoir étudié d'une façon succincte le rôle du droit romain et de la coutume comme sources du droit, il nous appartiendra de dire quelques mots de la science juridique. Cela nous paraît d'autant plus nécessaire que nos développements passés nous l'ont déjà montrée collaborant avec la coutume à la formation des matériaux employés à la rédaction d'un code².

C'est en effet par l'entremise des travaux de doctrine que fut créé, à la veille de la rédaction du Code civil

1. Certains vont jusqu'à affirmer qu' « elle rend l'autorité de la loi plus efficace » (Leroy, L'avant-projet du Code civil suisse, *Rev. de Paris*, 1^{er} décembre 1902, p. 668), qui ajoute qu' « en abandonnant consciemment la règle légale » à l'influence des circonstances, le Code civil suisse a permis la formation « naturellement et sans hypocrisie, des coutumes professionnelles, des coutumes locales, nationales, internationales » (p. 668).

2. V. sur la nécessité « du travail préliminaire de la science », Bertrand, « De la codification », Discours prononcé à l'audience de rentrée de la Cour de cassation, 1888, p. 22.

français, un droit commun coutumier. Aussi ne nous étonnerons-nous pas qu'on ait vu dans la science juridique l'une des sources principales du droit, en ce qu' « elle donne aux relations juridiques d'origine populaire et spontanées la frappe scientifique ¹ ».

Ce n'est pas seulement dans l'élaboration d'un droit commun coutumier qu'intervient la doctrine ; par ses études du droit romain, elle en a préparé la renaissance, elle en a facilité l'application. C'est un fait bien connu que le droit romain a passé dans nos Codes civils, non pas à l'état naturel, mais tel que l'avaient compris et modifié les travaux des Pandectistes allemands ou les anciens auteurs français. C'est ce que nous verrons d'une façon plus approfondie en étudiant le rôle de la doctrine dans la formation des codes. Après quoi nous verrons si, la codification étant intervenue, le rôle de la doctrine doit subsister et dans quelle mesure.

a) *Rôle de la doctrine dans la formation des Codes.* — Il résulte de tout ce qui a été déjà dit que le Code civil français a emprunté ses différents matériaux aux auteurs de l'ancien droit. Il en est ainsi notamment de la matière « des obligations » qu'on retrouve presque tout entière, dans une même forme, au Traité de Pothier ² ; elle y conserve, pour partie au moins, le caractère original de cette œuvre. Nous trouvons, en effet, à côté des dispositions pratiques, des définitions ayant un caractère nettement théorique. De telles dispositions ne présentant aucun intérêt pour un code, on a souvent demandé avec raison leur radiation ³. Elles s'expliquent cependant si on se rappelle que le traité de Pothier était avant

1. Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, t. III, 3^e éd., p. 1 ; on sait déjà trop pour que nous insistions encore, que le « Traité des obligations » de Pothier constitue son œuvre principale.

2. Léon Fleys, rapport présenté sur « les modifications à apporter aux sections II, III et IV du chap. II, t. III, l. 3, Code civil », *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 522-523 ; rapport de M. Appert sur « Les obligations solidaires », Commission de révision du Code civil et Commissions réunies, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1910, p. 149.

3. Saleilles, *Code civil allemand*, t. I, 1904, Introduction, p. X.

tout un travail de doctrine¹. Ce droit nous apparaît souvent mêlé de droit coutumier et de droit canonique ; il s'est modelé sous l'influence des théories et interprétations personnelles de Pothier².

En dehors même de la matière des obligations, l'influence de cet auteur dans la rédaction du Code civil a été des plus importantes ; par ses travaux d'ensemble³, il a permis aux rédacteurs de 1800 de puiser aux sources romaines et coutumières du droit français ; bien plus, il a cristallisé la plupart des notions juridiques qui devaient passer dans le Code civil nouveau. Il en fut de même de Domat qui classa dans un ordre naturel le droit des Pandectes⁴ et indiqua les nouvelles méthodes à suivre⁵.

Il serait sans doute très aisé d'indiquer d'une façon approfondie l'influence exercée par les différents auteurs de l'ancien droit français dans la rédaction du Code ; nous ne le ferons cependant pas, car cela nous conduirait trop loin. Aussi nous contenterons-nous de noter, après bien d'autres⁶, que c'est grâce à ces travaux qu'à la veille de l'apparition du Code civil français se trouvait cristallisé, en France, un droit commun unitaire, d'origine coutumière et romaine, mais ayant un caractère national profondément original, tant par sa forme que par son

1. Ce trait des travaux de Pothier a été déjà souvent noté.

2. V. par exemple art. 1235 qui consacre quant aux effets de l'obligation naturelle la théorie de Pothier, Ambroise Colin et H. Capitant, *Traité élémentaire de droit civil français*, t. II, p. 67.

3. Ray, *op. cit.*, p. 198 ; Ginoulhiac, *op. cit.*, p. 464.

4. Des lois civiles dans leur ordre naturel, 1690-1697 ; Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, voit dans l'ouvrage de Domat, « comme la préface du Code civil Napoléon » (p. 197) ; v. aussi A. Sorel, *Introduction au Livre du Centenaire*, t. I, 1904, p. XX.

5. Dans l'« introduction » de son livre, v. Albert Sorel, *Introduction au Livre du Centenaire*, t. I, p. XVII ; v. aussi Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1927 : relevant le caractère fragmentaire du plan des Pandectes, et les matériaux dissemblables qui le composent, l'auteur déclare que : « les recueils romains ont eu moins d'influence directe que l'exposé systématique du droit romain par Domat » (p. 197).

6. V. notamment Esmein, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français*, 1789-1814 : « La doctrine, la littérature juridique avait... pu dégager un droit commun coutumier dont l'expression se trouvait au XVIII^e siècle dans les œuvres de Pothier, Bourjon et bien d'autres » (Albert Sorel, *op. cit.*, p. XX) ; Bertrand, *op. cit.*, p. 27 ; Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1927, p. 15.

fond. Certes, de nombreux éléments y avaient contribué : un souffle nouveau philosophique et social avait élargi ses vues ; un style plus simple, plus net, allait en faciliter l'expression ; les grandes ordonnances des ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles lui avaient même indiqué le modèle du Code à suivre. Ce qui avait cependant puissamment contribué à le former, ce qui lui avait donné sa frappe originale, c'étaient les travaux des jurisconsultes des derniers siècles ; praticiens avertis autant que doctrinaires¹, tout en le cristallisant en des notions juridiques nouvelles, ils lui avaient donné une forme et un contenu nettement pratiques.

L'étude de la science juridique allemande présente un tout autre caractère². L'apparition brusque du droit romain avait empêché le développement normal d'une coutume nationale allemande ; aussi entraîna-t-elle une véritable scission entre la science des juristes et les conceptions juridiques de la masse.

Alors que les anciens auteurs français étaient des praticiens habitués au langage de la vie courante, il en fut tout autrement en Allemagne : l'étude des Pandectes y avait créé une classe de théoriciens tout imbus des principes romains, mais ignorant complètement la réalité pratique de la vie ; de là, la création d'un droit à principes théoriques, à contours abstraits, scientifiquement organisé, mais étranger à la vie et à l'âme du peuple allemand.

Certes, le réveil juridique national de la moitié du ^{xviii}^e siècle avait créé, à côté des Pandectistes, une nouvelle école de droit : celle des germanistes. Couring, Leibnitz, les promoteurs de la nouvelle école, deman-

1. Müller, compte-rendu de l'art. du *Deutsche Juristen Zeitung*, Centenaire du Code civil, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904 ; Lévy-Ullmann, discours sur le Code civil, Université de Lille, 17 mai 1904, *Rev. de l'enseign.* 1904, p. 131.

2. Le Code civil allemand est « la synthèse de tout le mouvement juridique de la science allemande depuis un siècle » (Saleilles, Code civil allemand, t. I, 1904, Introduction, p. X) ; l'Avant-Commission avait d'ailleurs demandé dans ses résolutions du 15 avril 1874 (admissées par le Bundesrath le 22 juin 1874) que le B. G. B. « comprenne et résume en quelque sorte le droit civil correspondant à l'état actuel de l'Allemagne et aux exigences de la doctrine moderne » (Hölder, *Kommentar des B. G. B.*, t. I, p. 6).

daient « de mettre en langue vulgaire le droit commun des pays ¹ » ; ils voulaient arriver ainsi à créer un véritable droit allemand. Mais quel que fût l'intérêt que suscita cette nouvelle école ², le droit allemand de la moitié du siècle dernier continuait à avoir un caractère nettement théorique, tant quant à la forme que quant au fond. Nous verrons plus tard, lorsque nous parlerons des qualités nécessaires à un code, comment ces caractères dissemblables du droit se répercutèrent dans ceux des Codes civils français et allemand ; disons simplement maintenant qu'alors que le Code civil français présente un caractère nettement pratique, le B. G. B. est plutôt théorique, et cela non seulement dans sa forme, mais même dans son fond. Tel est le rôle de la science juridique comme source de droit.

b) *Rôle de la doctrine après la rédaction des Codes.*

— Il y a lieu de se demander maintenant si, un code étant rédigé, la doctrine peut continuer à être créatrice de droit et dans quelle mesure.

Nous sommes bien loin de croire aujourd'hui que la fonction de la doctrine cesse avec la rédaction d'un code ; il nous semble, au contraire, que la codification, en élarguant le droit de toutes les parties inutiles, en le précisant, ouvre une nouvelle voie à la science ; celle-ci sera dès lors appelée non seulement à faciliter, par l'exégèse, l'application du Code, mais encore à en préparer la refonte par ses constructions théoriques ³.

1. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 8 ; l'auteur nous indique que cette disposition se référerait aussi au droit romain.

2. V. Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, p. 13.

3. V. même sens Ginoulhiac, *De la Codification et de son influence*, Mémoire présenté à l'Académie de Toulouse, 1861, p. 478. D'ailleurs « l'intelligence du Code s'accroît à la suite du travail scientifique et de son maniement pratique... Le juriste auquel n'appartient pas la puissance du législateur, est obligé de relier ces innovations au droit existant, de créer un développement au lieu d'un usage... » (Partheniu, *Le droit social sur les choses*, thèse Paris, 1908, p. 7-8) ; F. Regelberger, *Gesetz und Rechtsanwendung, Ihering-Jahrbücher für die Dogmatik des B. G. B.*, t. 58, 1912, p. 151 ; v. aussi Morin, *La loi et le contrat*, 1928, qui, parlant du caractère pratique du Code civil français, ajoute : « ce sont les jurisconsultes qui ont alors dû se livrer à un grand travail d'élaboration conceptuelle ; ils ont complété les décisions du Code, par toute une architecture de définitions et de classifica-

On a dit² que les textes d'un Code constituent « les assises de constructions nouvelles² » ; en effet, la loi ne contient que des règles pratiques. Il appartiendra à la science, en partant de ces dispositions, d'en déduire des idées générales et de les mettre d'accord avec l'ensemble du droit. Tout code donne ainsi naissance à de nombreux travaux de doctrine qui tendent à harmoniser le droit et en écarter les lacunes et les imperfections.

En^o plus de ce but essentiellement théorique, les constructions de doctrine en poursuivent bien d'autres : elles facilitent les études de droit comparé et une meilleure compréhension des différents droits. Nous ne sommes certes pas parmi ceux qui croient que les travaux de doctrine puissent conduire à la constitution d'un droit commun universel ; mais elles peuvent faciliter des rapprochements³ et surtout exercer une grande influence sur les droits étrangers non codifiés. Qu'il nous suffise de rappeler les craintes émises à ce sujet en Suisse lors de la rédaction du Code civil allemand ; ce n'est pas trop de dire qu'elles furent pour beaucoup dans la rédaction du Code civil suisse.

La rédaction d'un code donne lieu à tout un renouveau dans la science juridique ; elle le renforce et en élargit les vues. C'est elle qui explique, pour partie au moins, l'influence exercée par la doctrine française et allemande dans l'élaboration des nouvelles codifications⁴. Tels sont

tions » (p. 105). Aussi est-ce à eux qu'il demande aujourd'hui « d'élaborer à l'usage du législateur des concepts nouveaux larges et souples, destinés à orienter la jurisprudence » (p. 99) ; v. aussi Léopold Thézard, De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne, *Re. hist. de droit franc. et étr.*, t. XII, 1866, p. 7 ; J. Kohler, *Lehrbuch des B. G. B.*, t. I, 1906, p. 137.

1. C. pitant, Note sur *Le traité des obligations en général* de M. Demogue, *Revue trim. de droit civil*, 1923, p. 960.

2. Nous reviendrons plus loin sur ce point.

3. Cela surtout lorsque les réformes législatives dérivent d'un mouvement de doctrine identique dans différents pays. Tel fut le cas de la théorie de « La Personnalité ». V. là-dessus Saleilles, rapports généraux sur les travaux du Congrès, séance générale de clôture du 4 août 1900, procès-verbaux du Congrès international de droit comparé de 1900, t. I, p. 146.

4. V. quant à l'influence exercée sur le Code civil argentin, Alfredo Colmo, *Técnica legislativa del código civil argentino*, 2^e éd., 1927, p. 115 ; cette influence se manifeste encore dans le Code civil brésilien, tout nouvellement paru. V. Clovis Bevilqua, préface au Code civil des États-Unis du

les rapports qui s'établissent entre la loi et la doctrine.

La fonction de la science juridique dans l'élaboration du droit apparaît à un autre point de vue encore : elle collabore souvent au travail de la jurisprudence en lui indiquant les voies à suivre. Certes, le rôle de la jurisprudence est avant tout d'observation, d'étude des textes et de la vie ; cela seul lui permet de faire évoluer les formules légales suivant les besoins journaliers¹. Il faut cependant reconnaître qu'une foule de directions ne sont entrées dans l'interprétation jurisprudentielle que parce que la doctrine les a préalablement fixées. Cette collaboration présente le grand avantage de conférer plus de sécurité, moins d'arbitraire au travail de la jurisprudence, de faire cesser la crainte de trop d'« équité »² ; mais elle peut écarter l'interprétation jurisprudentielle de la vie pour la diriger vers des domaines plus abstraits, moins réels.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avions à dire au sujet de la science juridique comme source de droit : par ses travaux de doctrine, elle peut arriver à faciliter la formation, pour chaque Etat, d'un droit commun ; elle collabore par là à l'élaboration des codes. La fonction de la doctrine n'est pas terminée..., elle doit déduire des textes les idées générales qui lui serviront à tracer de nouvelles règles juridiques, elle collabore ainsi à la révision des codes.

Brésil, Paris, MDCCCXXVIII, qui constate l'influence exercée sur le C. C. B. « par le Code civil français et de la doctrine française, qui ont toujours exercé un prestige si grand sur les juristes sud-américains » (p. XLVIII-XLIX) ; on connaît déjà trop, pour que nous y insistions, l'influence de la doctrine française dans les pays latins ayant appliqué chez eux le Code civil français. Quant à l'influence de la doctrine allemande, elle s'est surtout manifestée en Autriche, lors de la révision du Code civil, et dans le projet hongrois. V. quant à cette dernière influence, Nouveau projet de Code civil pour la Hongrie, *Deutsche Juristen Zeitung*, 1928, p. 1232.

1. Aussi la jurisprudence a-t-elle un caractère « empirique » qui a été souvent révélé. V. Henri de Pages, *De l'interprétation des lois*, t. II, 1925, p. 10-11 ; R. Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, *Livre du Centenaire*, t. I, p. 97.

2. V. Thaller, De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial, extrait du *Li re du Centenaire du Code civil*, 1904, p. 6 ; S. Ici les, préface à la thèse de Léon-Lyon-Caen, *La femme mariée allemande*, p. XII ; Henri de Pages, *op. cit.*, p. 12 ; v. cependant Alexandre Sorel, article critique sur l'ouvrage de Jouffaire, *Le Droit*, 15 mars 1874, p. 257, col. 2 et 3 ; Gounot, *op. cit.*, p. 175.

La rédaction d'un code loin de l'empêcher d'évoluer lui ouvre de nouvelles voies ; elle lui permet d'exercer une grande influence sur le droit étranger. Nous avons vu enfin les rapports existant entre la doctrine et la jurisprudence.

Pour terminer nous dirons qu'en présence de la complexité toujours nouvelle de la vie, les constructions doctrinaires présentent un grand avantage : elles nous permettent de relier à chaque instant cette complexité à des idées communes plus générales ; aussi, ne nous paraissent-elles que des « châteaux de cartes », ne valant que pour un certain temps : elles n'ont d'importance que pour les conséquences pratiques qu'elles sont appelées à satisfaire ¹.

177. Tradition historique. — L'étude de la tradition historique comme source de droit est une des plus importantes pour notre chapitre ; cela explique que nous l'ayons placée en conclusion de notre section.

Le droit a une valeur « toute relative et changeante ² » ; il est la résultante, non pas seulement du milieu politique, économique, moral où il vit, mais aussi et surtout le composé de tout un passé historique. Ce passé consiste en un ensemble de besoins, de pensées, de faits juridiques enfin, appartenant à tous ceux formant une même nation. Tout code civil doit convenir à cette tradition, il doit essayer de s'y conformer s'il veut s'imposer plus longtemps dans un certain pays.

Suivant notre plan habituel, nous examinerons tour à tour la façon dont s'exprime cette tradition et l'influence exercée par elle lors de la rédaction des diffé-

1. V. même sens Perreau, A propos des « Notions fondamentales du droit privé », *Revue générale du droit*, 1912, p. 290-291 ; v. aussi Lévy-Ullmann, préface au t. I de la Collection des études théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international, 1923. *Vers un droit mondial au XX^e siècle* : l'auteur insiste sur l'importance de la formation historique, tant pour le droit national que pour le droit étranger ; v. p. 10 ; Cohendy, *La méthode d'un artiste au XIX^e siècle*, Labbé, thèse Lyon, 1910, p. 17, 20.

2. Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., 1925, préface, p. 11 ; Janon, *L'évolution du droit*, Paris 1907, p. 14-15.

rents codes civils. Nous essayerons enfin de compléter ce que nous avons déjà dit au sujet du droit étranger dans le code.

Il semblera peut-être étrange que nous ayons considéré la tradition historique comme source spéciale du droit ; ne se confond-elle pas, en effet, avec la coutume et la science juridiques qui sont habituellement appelées à l'exprimer ?

Le droit national trouve sa première expression dans la coutume ; c'est elle qui lui permet de s'appliquer en premier et de se modifier suivant les besoins. Le caractère vague, peu précis de la coutume, ne lui assure pas une sécurité suffisante ; elle ne lui permet pas de résister à toutes les influences étrangères qui pourraient en contrecarrer l'évolution.

Aussi, avons-nous vu de bonne heure intervenir la science juridique. Elle essaye, par ses constructions, de renforcer le travail de la coutume ; même ainsi, le droit national reste soumis aux influences étrangères plus fortes, qui peuvent en empêcher le développement. C'est alors qu'apparaissent les codes ou les lois générales, qui sont appelées à lui donner plus d'unité et plus d'uniformité. La tradition nationale ne s'immobilise pas ; renforcée de nouveaux éléments, elle se développe en marge du code ; elle se renouvelle dans les interprétations jurisprudentielles, dans les coutumes et dans les travaux de doctrine.

Il résulte de tout ce qui vient d'être dit, que la tradition historique ne se confond ni avec la coutume, ni avec la science juridique : celles-ci ne sont que des moyens d'expression qui lui permettent de s'affirmer à la vie. La tradition est la composante du travail politique, économique, juridique de toute une nation ; aussi s'exprime-t-elle par tout un ensemble de moyens, tels que la coutume, la doctrine, les actes juridiques officiels, la loi. L'influence qu'elle exerce dans la rédaction des codes doit être des plus importantes¹ : un texte de loi est, en

1. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1926, p. 74-75 ; Cosentini, *Le droit de famille Essai de réforme*, 1929, p. 31-32 ;

effet, souvent « l'expression ramassée de tout un travail de méditation, de construction, de discernement, d'un travail qui a été alimenté au cours des siècles par le contact constant avec des circonstances changeantes, des sentiments et des idéaux divers ¹ ». Nous verrons successivement l'influence de la tradition historique dans les codes civils français, allemands, suisses, enfin dans les dernières codifications modernes.

a) *Code civil français*. — Résultat d'un travail inconscient accompli durant des siècles et s'exprimant dans les coutumes ², travaux des auteurs et ordonnances, le Code civil français constitue un ensemble harmonieux présentant un caractère profondément national, tant par le fond que par la forme de ses formules ³.

Venant après une époque de troubles, il crée un état d'équilibre entre les principes nouveaux et le droit ancien ; on a souvent noté qu'il revient sur plus d'un

4; v. cependant Saleilles, qui constate : « les Codes sont le produit de l'histoire, mais en même temps ils la créent, en lui imprimant une direction nouvelle » (*Le Code civil et la méthode historique, Livre du Centenaire*, t. I, p. 128); J. Flach, Introduction à l'ouvrage d'Alvarez, *Nouvelle conception des études juridiques*, p. III; Gierke, *Der Entwurf eines B. G. B.*, 1881, p. 590; V. aussi Lévy-Ullmann, préface au t. I de la Collection des Etudes théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international, 1923, *Vers un droit mondial du XX^e siècle*. L'auteur révèle le besoin de connaître pour les études de droit comparé, non seulement le droit national, mais « la formation historique » des institutions juridiques étrangères; v. p. 8-10.

1. Albert Sorel, Introduction, *Livre du Centenaire*, t. I, 1904, p. XVII; Cosentini, *op. cit.*, p. 3; même sens, p. 31-32, 34; J. Flach, Introduction au livre d'Alvarez, *Nouvelle conception des études juridiques*, p. VI; Léopold Thézard, De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau, *op. cit.*, t. XII, 1866, p. 5; Saleilles, Rapport présenté au Congrès de Droit comparé, Conception et objet de la science du droit comparé, Congrès droit comparé, t. I, p. 176; Hüber, *op. cit.*, t. 6; H. Capitant, Les notions fondamentales du Droit privé, par R. Demogue, *Rev. trim. du droit civil*, 1911, p. 730, Ray, *op. cit.*

2. V. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 6.

3. Parlant des rédacteurs du Code civil, Glasson (discours prononcé à la séance solennelle du Centenaire du Code civil, tenue à la Sorbonne le 29 octobre 1904), disait : « Pour le fond, ils sont bien de leur temps et s'inspirent exclusivement de l'esprit et du génie du peuple franc » (*Ac. Sc. morales et pol.*, 1904, p. 4); Esmein, *Histoire du droit civil français de 1789-1814*, Paris, 1908, p. 337; Kohler, Technik der Gesetzgebung, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 1896, p. 348; Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908. L'auteur constate que le droit du Code civil français, c'est « le droit vécu, le droit historique, le droit national... du pays »; Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1926, p. 10; Planiol, *Traité de droit civil*, t. I, p. 8; Albert Sorel, Introduction *Livre du Centenaire*, t. I, 1904, p. XX.

point à la tradition ancienne¹ : il suffit notamment de rappeler, en matière de famille par exemple, que, s'opposant en cela au droit révolutionnaire, il substitue à l'influence germanique celle du droit romain. Cette influence convenait mieux à un pays profondément individualiste, où l'autorité traditionnelle du père de famille avait presque toujours été reconnue². C'est en tenant compte de cette même tradition nationale que le Code civil français est pénétré des « courants libéraux » anglais et physiocratiques³.

Ainsi donc, le législateur de 1800 a consacré, quant au fond, la tradition nationale ; il en est de même pour la forme suivie. Nous verrons plus tard, lorsque nous traiterons des qualités du Code civil français, qu'il est composé dans un style simple, limpide, populaire et cependant suffisamment précis ; il présente un caractère essentiellement pratique⁴. Tout cela s'explique, — comme nous l'avons déjà dit, — par les qualités propres aux anciens auteurs français⁵.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la tradition nationale dans le code civil français ; il importe d'ajouter que ce sont ces qualités propres qui lui ont permis de subsister et de s'affirmer pendant un siècle.

b. *Code civil allemand.* — Il n'en est plus de même

1. En matière de reconnaissance d'enfant naturel, par exemple.

2. Meynial, *Cours d'histoire du droit privé*, 1925-1926; Gioele Solari, *op. cit.*, p. 180.

3. Gioele Solari, *L'Idea individuale et l'Idea sociale nel diritto privato*, t. I, *L'Idea individuale*, Torino, 1911, p. 79; v. cependant Gény, qui croit que c'est l'influence des philosophes et de Montesquieu qui prédominent surtout dans le Code : Gény, *La technique législative, Livre du Centenaire*, t. II, p. 1005; certes l'influence de Montesquieu dans la rédaction du Code civil français a été des plus importantes : mais cela plutôt au point de vue du rôle attribué à la tradition historique; v. Discours Portalis lors de la présentation au Conseil législatif du projet de Code civil, Fenet, t. I, p. XCVII; v. aussi Glasson, discours prononcé à la séance solennelle du Centenaire du Code civil, tenu à la Sorbonne le 29 octobre 1904, *Comptes rendus Ac. Sc. morales et pol.*, 1904, p. 4.

4. V. quant aux éléments qui sont intervenus dans la préparation de sa « technique inconsciente », Gény, *Technique législative, Livre du Centenaire*, t. II, p. 1004, quant au style, p. 1005.

5. V. plus haut, note 4 de la page précédente; v. aussi Kohler, *Technick der Gesetzgebung, Archiv für die Civilistische Praxis*, 1996, p. 35-47.

dans le B. G. B.¹. Nous savons déjà les nombreuses critiques émises après la rédaction du premier projet : elles consistaient surtout à affirmer l'absence du caractère national du nouveau projet. Ce qu'elles demandaient, c'était la rédaction d'un travail plus conforme aux besoins vraiment allemands, écrit dans un langage plus populaire, plus compréhensible à la majorité du peuple².

Ces critiques paraissaient d'autant plus importantes que l'un des maîtres les plus réputés de l'histoire du droit allemand³ avait pris part à la rédaction ; elles s'expliquaient, cependant, par l'absence de formation d'un droit vraiment allemand, écrit dans un langage accessible à tous⁴.

La pénétration du droit romain, dont nous avons souvent parlé, avait certes créé, avec des matériaux divers, un droit commun pour l'Allemagne ; mais son étude avait fait naître, chez les juristes allemands, une conception théorique, abstraite du droit. Nous ne trouvons pas, comme en France, l'intervention de praticiens dans son élaboration ; de là, l'absence de continuité entre le droit et la vie qui avait déjà apparu dans les Codes civils précédents allemands et qui devait se manifester dans le B. G. B.

c. *Code civil suisse*. — Il nous offre un exemple intéressant du rôle pouvant être attribué au droit national

1. Standinger, *Kommentar*, p. 5.

2. On demanda aussi que « ce qui correspondait à la conception allemande fût pris en considération en premier lieu ; là où les germes viables du droit germanique avaient survécu, on devait les développer » (Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, p. 5).

3. Prof. Roth.

4. Bertrand, « De la codification », Discours prononcé à l'audience de rentrée de la Cour de cassation : 1888, p. 1-22. Il semble que l'importance historique du droit n'avait pas été suffisamment comprise par l'avant-commission du B. G. B. : ce qui l'intéresse surtout, c'est « la vérité intrinsèque », « le sens logique » des règles. V. Crome, *System des B. G. B.*, p. 47 ; v. aussi Gierke, *op. cit.*, qui constate que « les défauts du système du Code civil allemand reposent sur l'horizon étroit dans lequel le projet reste enfermé à la suite de l'identification du droit privé commun avec le droit des Pandectes » (p. 95) ; v. cependant en sens contraire : Saleilles, *Cod. civ. allemand*, t. I, 1904, *Introd.*, p. 8 ; v. aussi Crome, *op. cit.*, p. 47, le désir de l'avant-commission d'arriver à une transaction ; Kohler, *Kommentar des B. G. B.*, t. I, p. 6-7.

dans la rédaction d'un Code¹. Cela était d'autant plus nécessaire pour la Suisse que le pays se trouvait divisé en trois parties différentes, soumises chacune à une influence distincte². Aussi, tout en maintenant les institutions étrangères « qui avaient victorieusement subi l'épreuve du temps », il fallait les rattacher au droit national ; lui seul pouvait assurer l'unité dans la diversité et donner au nouveau Code un cachet tout original. C'est ce qu'a compris l'éminent rédacteur du Code civil suisse, le professeur Huber ; aussi, après un travail opiniâtre³, pouvait-on déclarer dans le Message que « tout en réalisant d'incontestables progrès, nous sommes restés fidèles à notre passé juridique, si riche en créations originales⁴ ».

Ce n'est pas seulement quant au fond que le nouveau Code est la continuation de la tradition nationale suisse ; il en est de même quant à la forme⁵. Le système suivi est celui des législations qui l'ont précédé : son langage est concis, populaire, afin d'en permettre la facile compréhension. Ce caractère profondément national a permis au Code civil suisse de s'imposer facilement dans tout le pays et d'être considéré comme une suite nécessaire du droit antérieur ; c'est lui qui a donné naissance à une jurisprudence et à une science juridique profondément originales.

Il résulte, de ce qui vient d'être dit, que l'importance de la tradition historique dans la rédaction d'un code est des plus importantes : elle lui fournit les matériaux

1. Gmür, *Kommentar zum S. Z. B.*, p. 16; Chaudé, *Le nouveau Code civil suisse*, 1909, p. 48; Hüter, *Exposé de motifs*, t. I, p. 5-6; cette idée se trouve déjà exposée d'une façon très claire, par Bluntschli, dans un article publié en janvier 1844 dans le *Foebacher* et auquel il se réfère expressément dans la préface du Code. V. Lehr, *Introduction au Code civil du canton de Zurich*, 1890, p. LI-LII.

2. Leroy, L'avant-projet du Code civil suisse, *Revue de Paris*, 1^{er} décembre 1902, p. 640.

3. Il « a dû faire l'étude de toutes les coutumes, suivre leur confuse évolution, les comparer entre elles... »; Leroy, *op. cit.*, p. 640.

4. Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant le projet de Code civil suisse (28 mai 1904), p. 10.

5. Eug. Gaudemet, *Les codifications récentes et la révision du Code civil Livre du Centenaire*, t. II, p. 978.

nécessaires, nés et modelés par la conscience juridique d'un peuple. Elle présente surtout de l'intérêt en matière de famille et de patrimoine. Ces deux matières sont en fonction de l'état politique, moral et économique de chaque nation.

S'imposant dans les Codes civils modernes, elle en facilite l'acceptation ; car les populations ont été toujours profondément liées à leur droit national.

Tout code apparaît ainsi, non seulement comme l'expression des besoins courants, mais comme le dépositaire de tout un passé historique et national ; il raffermirait par là la conscience d'un peuple et donne naissance à une doctrine et jurisprudence essentiellement originales.

Aussi voyons-nous se développer, après la guerre, la tendance de faire passer dans les nouvelles codifications civiles le droit national du pays. De nombreuses nations travaillent à la réforme de leurs Codes ; elles veulent échapper à l'imitation étrangère et « donner quelque modèle original ... bien plus adapté à la vie nationale de chaque pays ¹ ».

Certes, des tendances contraires existent ² ; les doctrines étrangères fortement organisées influent encore d'une façon excessive sur certains travaux ³ ; mais

1. C'est ce que constatait d'ailleurs aussi le ministre de la Justice Volder dans son rapport au Roi : « toute codification est appelée, disait-il, à faire une œuvre de conservation et de progrès, en l'harmonie avec les mœurs et le tempérament du pays » ; v. aussi Bertrand, Discours prononcé à l'audience de rentrée de la Cour de cassation, 1888, p. 21-22 ; C'sar-Fru, *La révision du Code civil*, p. 361 ; Saleilles, L'école historique et le droit naturel, *Revue trim. de droit civil français*, 1902, p. 99 ; Saleilles, Droit civil et droit comparé, *Revue intern. de l'Enseign.*, 1911, p. 22 ; Larnaude, *Droit comparé et droit public*, p. 14 ; Albert Ortscheid, *Essai concernant la nature de la codification et son influence sur les sciences juridiques d'après le concept de droit canonique*, thèse Paris, 1922, p. 41 ; Charmont, Source du droit positif à l'époque actuelle, *Revue de métaph. et de morale*, janvier 1906, p. 120 ; Glasson, Le Code civil et la question ouvrière, *Comptes rendus Ac. Sc. mor. et pol.*, 1886, t. II.

2. Ed. Fr. Cosentini, *Le droit de famille, Essai de réforme*, Paris, 1929, préface, p. VII ; v. aussi quant au même besoin de révision du Code civil argentin, Alfredo Colmo, *La reforma del código civil., de la Revista de Derecho civil*, ano 1, num. 1, Buenos-Aires, 1928, p. 3, 4. Des décrets ont déjà institué en 1924 des commissions dans ce but.

3. C'est le cas notamment pour la Turquie d'après-guerre où fut appliqué le Code civil suisse.

4. Tel est le cas pour le nouveau Code civil argentin : « la législation nationale, loin d'avoir été la source principale du Code, ne lui a fourni qu'une

la connaissance en premier lieu du droit national paraît de plus en plus nécessaire pour la rédaction des codes, surtout en matière de famille.

Aussi y a-t-il lieu de se demander si, — la tradition d'un peuple étant reconnue source de droit, — la question de l'unification des différents codes peut encore se poser.

Nous avons vu, au commencement de cet ouvrage, les nombreux essais faits en matière d'unification des différents Codes ¹ ; elles apparaissent surtout en matière « d'affaires » où l'unité d'origine et de besoins peut conduire à un droit unifié ². Pour le reste, seule, dans les pays à mêmes affinités et traditions historiques, la question de l'unification peut se poser ³ ; or, même ici, les institutions de la famille et de la propriété sont en fonction du développement politique, économique et

très faible contribution. Cela est dû au fait qu'elle était... chaotique et surannée » (Colmo, *Tecnica legislativa del Codice civil argentino*, 2^e éd., 1927, ns. 44, p. 109).

1. Nous tenons à citer aussi la résolution de « la Conférence interparlementaire en matière commerciale » siégeant à Berlin, fin septembre 1929. Elle déclare que « l'unification internationale du droit des obligations est éminemment souhaitable ». Aussi demande-t-elle que « les différents pays instituent des commissions afin d'examiner cette question ». « Les différences des législations des faits particuliers n'est pas si grande qu'on ne puisse arriver à une unification complète. Mais toutefois, en présence de certaines difficultés qui existent encore (et qui résultent de la différence de structure économique) elle propose de s'attacher d'abord à certaines parties de ce droit, « droit de change », par exemple. En droit de sociétés, ajoute-t-elle, « il existe encore de grandes différences en matière de sociétés par actions » (cité d'après *Deutsche Juristen Zeitung*, 1929, *Juristische Rundschau*, Heft. 20, p. 1388).

2. « Autant il est délicat de s'inspirer d'une législation étrangère dans tout ce qui a trait aux rapports de famille, autant il est indispensable lorsqu'il s'agit de droits patrimoniaux de tirer profit de tous les progrès réalisés par les législations les plus récentes, celles qui, venant à leur heure, ont su se mettre au point des exigences économiques du monde moderne » (Saleilles, *Droit civil allemand*, 1904, Introduction, p. 25).

3. Tel est le cas des pays latins. Tel est aussi le cas de ceux de l'Amérique du Sud. Cosentini, *Le droit de famille, Essai de réforme*, 1929, p. XI. Voir même auteur, p. 39. C'est ce qui explique d'ailleurs la pénétration du Code civil français dans les pays latins, et sa non-acceptation en Allemagne, cela nonobstant les tendances contraires; v. au sujet de ces tendances, l'art. de M. Otto Mayer, professeur à Leipzig, publié dans le *Frankfurter Zeitung* du 20 mars 1904, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 402; v. aussi pour les tendances générales à l'unification, Picard, *Pandectes belges*, t. VI, p. XIV; Saleilles, *Rapport préliminaire sur les questions relatives à la gestion des biens et à la capacité civile des aliénés*, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, p. 135; R. Demogue, *L'unification internationale du droit privé*, Leçons faites à la Faculté de droit de Buenos-Aires, Paris, 1927, p. 164.

social¹. Certes, les points de rapprochements possibles ici sont bien plus importants ; mais ils ne peuvent être poussés trop loin, car chaque nation, digne de s'appartenir juridiquement, a besoin d'une doctrine et jurisprudence originales appelées à interpréter les faits juridiques à la lumière des besoins locaux, besoins qui ne peuvent être que spéciaux à chaque état.

A côté et en plus de la tradition historique, intervenant dans la formation d'un Code, apparaît « une discipline d'ordre plus élevé, susceptible de dégager le sens de la vie sociale, en vue de mouvoir les forces qu'elle règle », c'est la philosophie du droit. Il importe de noter que cette philosophie, — qui a joué un grand rôle aux XVIII^e et XIX^e siècles, — est elle-même en fonction de la tradition historique², il suffit de rappeler pour s'en rendre compte que, tandis que le Code civil français est profondément imprégné des courants libéraux, le Code civil autrichien est directement influencé par Kant³.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la tradition historique du droit : elle est le composé des diffé-

1. « Il y a dans toute nation, des conditions d'existence, des mœurs publiques et privées, un caractère, un esprit, une allure principale, auxquels toutes les institutions sont subordonnées » (Albert Sorel, Introduction, *Livre du Centenaire*, t. I, p. XV); Léon Lyon-Caen, rapport sur « le régime matrimonial de droit commun », *Bull. Soc. Et. légis.*, 1922-1923, p. 145-146; Larnaude, séance solennelle du 19 mars 1927, *Bull. Soc. Et. légis.*, 1927, p. 212. C'est dans le même sens que sont les très intéressantes constatations de M. Cosentini, dans son livre souvent cité. Examinant les résultats obtenus par l'« American Bar. Association » et « la Commission on Uniform State laws », dans l'unification des lois de l'Amérique du Nord, l'auteur constate que : « les projets de loi unificateurs regardent les problèmes relatifs à la vie économique, de préférence aux rapports contractuels; aucun de ces projets ne s'engage à résoudre les problèmes les plus graves qui mettent en opposition les législations des différents Etats. Il faut surtout remarquer qu'il y a un nombre très restreint de projets qui regardent le droit de famille, où l'œuvre d'unification réussit plus difficilement...; un seul a attiré notre attention par son importance : celui qui règle l'annulation du mariage et du divorce » (p. 43). Et sur ce nombre restreint de projets, l'auteur constate que « cinq ou six seulement ont été admis avec une majorité considérable » (p. 43).

2. Elle s'en distingue cependant en ce qu'elle est non seulement le produit de l'expérience mais aussi de celui de l'idéal d'une époque. Aussi doit-elle continuer à avoir un rôle important dans toute codification; car celle-ci ne doit pas être exclusivement le crépuscule d'une culture passée, mais aussi l'aube d'une nouvelle formation » (Kohler, *op. cit.*, p. 37²); v. aussi Gierke, *Der Entwurf eines B. G. B.*, 1889, p. 3.

3. Gioele Solarì, *op. cit.*, p. 79; cette philosophie paraît avoir inspiré certains passages du Code civil suisse. V. Gmür, *Kommentar des S. Z. E.*, p. 1^o.

rents éléments qui concourent à la formation juridique originale d'un peuple.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire des différentes sources intervenant dans l'élaboration du droit et préparant l'avènement juridique d'un code. Nous passons maintenant à la deuxième section de ce chapitre qui portera sur « Contenu d'un Code ».

II. — CONTENU D'UN CODE

178. L'étude du contenu d'un code paraît ne présenter, à première vue, aucune difficulté ; nous avons, en effet, déjà dit que toute codification spéciale est appelée à embrasser une matière de droit déterminée¹. On ne voit pas bien les raisons pour lesquelles le Code civil ferait exception à cette règle ; aussi disons-nous qu'il est appelé à réglementer l'ensemble des dispositions de droit privé se référant à la personnalité dans ses rapport de famille et dans la société².

Si cela est vrai en principe, les difficultés apparaissent lorsqu'il s'agit de déterminer d'une façon précise la nature de ce droit et surtout l'étendue de son domaine d'application³.

1. V. Planiol, *Traité de droit civil*, t. I, p. 8.

2. V. même sens Colmo, *op. cit.*, p. 120-121.

3. Elles résultent du caractère peu précis, ambigu du mot « civil », cela surtout chez les rédacteurs du Code civil napoléonien. V. J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil*, p. 199 et s.; l'ambiguïté de ce terme a été relevé durant la révolution. V. Observations Cour de Paris, Fenet, t. IV, p. 29, p. 93 et 98; Observations tribun. Chazal, demandant que le Code civil contienne « des définitions propres de ce que nous entendons par droit civil et par lois civiles, définitions d'autant plus nécessaires qu'on n'entend pas toujours par l'un les mêmes choses », Fenet, t. VI, p. 70; v. aussi Alvarez, *Nouvelle conception...*, p. 18; W. J. Hedemann, *Über die kunst gute Gesetze zu machen*, Festschrift Otto Gierke, *Zum Siebzigsten Geburtslag*, p. 313.

Seul, à notre connaissance, le Code civil autrichien a essayé de définir le droit civil, sans y avoir d'ailleurs réussi; en effet, son art. 1^{er} déclare : « le contenu des lois par lesquelles les droits privés et les devoirs sont fixés entre eux; cela forme le droit civil dans cet état ». Mais justement là consiste les difficultés, puisque le droit privé n'est pas complètement limité. V. aussi, quant aux difficultés rencontrées au Brésil, lors de la rédaction du Code civil, professeur Rodrigo Octovio, « La codification du droit civil au Brésil », conférence tenue à la Faculté de Droit de Paris, 1930, *Rev. trim. de droit civil*, 1930, p. 743.

Il y a, en effet — comme nous le dirons plus loin —, une ensemble de matières se référant à la famille et à la propriété, où les dispositions de droit privé et de droit public voisinent et se mêlent souvent d'une façon inextricable. Comment peut-on arriver à les distinguer ? Une fois cette distinction accomplie, est-il nécessaire et même possible d'en exclure toutes celles présentant, nettement affirmé, un caractère de droit public¹ ? En d'autres termes, la nécessité d'avoir « un tout homogène » entre les matières à codifier, doit-elle l'emporter sur l'intégralité du Code civil ? Ce « système » établi, peut-on l'appliquer toujours ?

Il y a aussi, en matière d'obligations, des dispositions de droit privé de même caractère et nature, mais distinguées pour des raisons historiques. Nous voulons parler des règles de droit civil et de celles du droit commercial. Faut-il continuer à maintenir cette distinction, ou bien est-il nécessaire d'unifier dans un même code l'ensemble de la matière de droit privé se référant aux obligations ?

Cette question a donné naissance à un grand nombre de discussions. Nous verrons plus tard les arguments invoqués et nous dirons à cette occasion quelle est la nécessité pour un code civil de contenir, à côté et en plus des règles de droit civil, celles de droit commercial. On réunira ainsi, dans un même tout, les règles de droit privé régissant les rapports entre particuliers.

Le Code civil d'avenir ne comprendra pas les dispositions de droit pénal où l'Etat intervient pour réprimer les atteintes illicites apportées à l'ordre public ou privé. Le développement de la vie sociale a fait disparaître complètement l'ancienne confusion existant jadis entre la peine et la réparation du délit. Nous verrons, cependant, que, même maintenant, l'élément pénal n'a pas

1. La distinction du droit civil et du droit public présentait surtout de l'intérêt en Allemagne où « la loi d'organisation judiciaire » (dans son article 13) et la « loi d'introduction » (dans son art. 55) établissaient pour les deux règles, des juridictions et des compétences distinctes. Cependant la question ne fut pas tranchée comme présentant trop de difficulté. V. Planck, t. I, p. 29 et note 5.

complètement disparu de nos Codes civils et qu'on le rencontre s'affirmant encore quelquefois dans la plupart d'entre eux.

Le Code civil ne contient pas toutes les règles de droit privé ; nous avons déjà indiqué l'absence des règles de droit commercial de la plupart des Codes civils modernes. Pour les autres règles de droit privé, absentes du Code civil, leur caractère privé ou public est très discutable. Il en est ainsi notamment des dispositions de droit international privé qui sont appelées à compléter les différentes institutions privées et à en élargir le domaine d'application. La nature de ces institutions a donné lieu à de nombreuses discussions : sont-elles des dispositions de droit public ou privé ? C'est ce que nous dirons plus tard, dans la section qui s'y référera. Il y a lieu de se demander, enfin, si les règles du droit de procédure doivent être absentes du Code civil et dans quelle mesure ; elles semblent compléter les dispositions de droit civil et en assurer l'efficacité en les maintenant sur le but poursuivi. La nécessité de l'intégralité de ces dispositions n'exige-t-elle pas de les étudier dans un même tout ? Tout Code doit avoir un caractère purement pratique ; ses règles ne présentent d'intérêt que dans la mesure de leur application. Comment peut-on dès lors écarter du Code civil cette partie du droit qui est appelée à assurer son efficacité ?

Si cela est souvent possible, c'est que les dispositions de procédure présentent maintes fois un caractère formel, réglementaire ; leur présence dans le Code civil en alourdirait le sens et en augmenterait, d'une façon démesurée, l'étendue. Leur étude dans un Code spécial en facilite l'examen ; aussi, verrons-nous que les Codes civils modernes ont écarté pour la plupart l'ensemble des dispositions de procédure qu'ils contenaient. Quels sont les avantages et les dangers qui en résultent ? C'est ce que nous verrons plus loin. Nous nous contenterons de constater pour le moment que l'étude que nous nous proposons d'entreprendre présente de grandes difficultés.

En principe, le contenu d'un Code civil ne doit comprendre que le droit privé¹. L'application de ce principe a donné lieu à de grandes difficultés. Qu'est-ce que le droit privé et comment le distinguer du droit public ? Cette distinction est-elle même toujours possible ? Ce problème résolu, un grand nombre d'autres questions se posent : un Code doit-il contenir des dispositions de droit international privé, de droit pénal, de droit commercial et de procédure ?

Nous arriverons ainsi à déterminer quelle est la nature et l'étendue du droit civil. Cette nature établie, il y a lieu de se demander si un Code doit contenir l'ensemble des dispositions du droit civil. Cette question, qui s'est souvent posée, a reçu des réponses différentes suivant les Codes. C'est ce que nous nous proposons de dire à la fin de cette section.

L'étude du contenu du Code pose donc non seulement des questions « de qualité », mais aussi « de quantité » des matières qui y interviennent. L'intérêt que présente pour le législateur la limitation du travail à entreprendre, explique les nombreuses discussions qui ont eu lieu à ce sujet². Elles ont surtout apparu lors de la rédaction des différents Codes ; de leur bonne solution a dépendu pour beaucoup la valeur du travail entrepris. C'est ce qui explique que nous les ayons abordées dans ce chapitre sur « le Facteur juridique ». Cela dit, nous passons immédiatement à l'étude des règles de droit public dans un Code civil.

A. — Règles de droit public dans un Code civil.

179. Ces dispositions ont une sphère d'application tout autre que celles du droit privé ; les premières se réfèrent

1. Stantinger., *Kommentar*, t. 1, p.4.

2. Cette limite on constitue la première tâche à entreprendre par le législateur ; son importance a été révélée seulement à l'époque moderne. — Auparavant, ce qui était mis dans la loi dépendait de cas fortuits, V. Justus Wilhelm Hedemann, *Über die Kunst, gute Gesetze zu machen*, Festschrift. Ott Gierke, *Zum siebenzigsten Geburtstag*, p. 313.

à l'Etat, à son organisation, à ses pouvoirs, au fonctionnement de ses services, etc... ; les autres embrassent le pôle opposé de toute vie sociale, — nous voulons parler de la *personne*. Elles sembleraient donc ne pas devoir se rencontrer, puisqu'elles sont dirigées vers des buts tout différents ¹.

On a cependant déjà noté que les constitutions qui établissent les règles organiques du fonctionnement de l'Etat, de la division de ses pouvoirs, contiennent aussi souvent des règles civiles : telles que celles se référant aux pouvoirs de la femme, à la protection de la famille et de l'enfance ².

En sens inverse, l'Etat s'immisce de plus en plus dans les rapports privés. Sans nous arrêter au Code civil soviétique, où cette immixtion arrive à détruire toute activité individuelle, qu'il nous suffise de rappeler les différents cas existant dans les Codes civils modernes. Il en est ainsi tant en matière de personnalité que de propriété et de contrats.

180. Personnes. — Son domaine semble devoir appartenir exclusivement aux règles de droit civil ; nous avons dit, en effet, que le droit civil est le droit de la personne s'affirmant dans la famille et dans la société. Il n'en est rien cependant. Certes, le Code civil français ne connaît que la personne physique ; il ignore presque complètement les personnes juridiques ³ qui complètent et élargissent l'activité des premières. La question du caractère public ou privé de la personnalité juridique ne pouvait donc encore se poser.

Le caractère profondément individualiste du Code excluait la présence de l'Etat dans la protection de la famille et de l'enfance.

1. Ray, *op. cit.*, p. 199.; Colmo, *op. cit.*, p. 118. ; l'auteur déclare que tout le droit est public ou privé ; cela dépend du point de vue auquel on se place. En pratique, le droit privé est celui qui concerne la personne, dans ses relations de famille et dans ses relations sociales. V. aussi p. 121.

2. V. en plus des cas déjà cités, Const. tchéco-slovaque, 20 février 1920, art. 106 et 126; Const. roumaine de mars 1923, art. 118.

3. V. cependant art. 910 en matière de dispositions à titre gratuit; art. 619 en matière de durée d'usufruit.

Il en est tout autrement dans les codifications qui suivront ; l'Etat intervient de plus en plus dans la famille, il surveille le père, contrôle de près le tuteur, et s'y substitue même souvent. Cette immixtion de l'Etat ne pouvait donner lieu qu'à de nouvelles institutions de droit public. Nous les avons vu apparaître dans le Code civil allemand et se développer dans le Code civil suisse ¹.

Ce qu'il importe de noter ici c'est l'intrusion dans le cercle le plus intime de la personnalité humaine, dans la famille, des institutions d'Etat. Elles n'ont certes qu'un rôle de surveillance et de contrôle. Le Code civil suisse renvoie de plus, pour la réglementation de leur fonctionnement, aux législations spéciales ; le caractère purement privé des règles de famille dans le Code suisse a cependant vécu...

La présence dans les Codes civils modernes des personnes juridiques, à la suite des personnes physiques, a pu donner naissance à la question de savoir quel est le caractère de telles dispositions. Leur nature privée est aujourd'hui universellement affirmée ² ; cela au moins, pour les dispositions se référant à la capacité civile de ces personnes. Il faut cependant ajouter que certaines codifications modernes ³ traitent à côté des personnes

1. Gmür, *Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch.*, Ban d 1, Furr., 1913, p. 14.

2. Cela au moins pour les règles concernant la capacité civile de ces personnes. C'est ce que constatait d'ailleurs aussi Saleilles : l'auteur nous montre comment on a soutenu pendant longtemps en France qu'il y avait là des dispositions de droit public ; mais, ajoute-t-il, « il s'est produit partout, à cet égard, une sorte de mouvement dans un sens plus rationnel au point de vue des bonnes méthodes scientifiques et plus libéral aussi sous le rapport des conséquences pratiques ». Rapport présenté à la 1^{re} sous-commission de la commission de révision du Code civil, Bull. soc. et légis. 1906, p. 252 ; v. *op. cit.*, p. 255 et s. Arguments invoqués en faveur des caractères publics de telles dispositions et critiques à y apporter.

3. V. notamment art. 13 du Code civil brésilien qui déclare que « les personnes juridiques sont soit de droit public, interne ou externe, soit de droit privé ». V. aussi Code civil allemand art. 89 qui parle de « personnes juridiques de droit public ». Cette classification a été critiquée par Saleilles, *op. cit.* Tout en reconnaissant qu'elle est la plus logique, l'auteur ajoutait : l'admettre « c'est prendre partie sur toute une série de questions doctrinales des plus complexes ». Or il n'appartient pas au législateur de se prononcer sur une question théorique. Aussi demandait-il de placer cette matière dans le domaine de la propriété (p. 255).

de droit privé, de celles de droit public. Si la liberté la plus complète semble accompagner la naissance des premières, leur caractère d'utilité publique n'est cependant pas absent. Aussi l'Etat intervient-il souvent pour assurer la surveillance dans leur fonctionnement et pour en prononcer, le cas échéant, la dissolution.

Les règles de droit public interviennent donc de plus en plus dans les codes civils, en matière de famille. Ce même caractère s'affirme encore en une autre matière de la personnalité, celle de la nationalité. La question de la nationalité a été considérée pendant longtemps comme une règle de droit privé. La condition de nationalité, disait-on, entraîne après elle des conséquences quant à la capacité civile ; ces règles ne peuvent faire donc l'objet que d'un Code civil.

Aussi, le législateur de 1800, tout en ne consacrant pas un système d'ensemble sur la matière, réglait dans deux articles (art. 11 et 13, C. C. F.) la condition des étrangers en France ; ce système fut suivi par la loi du 26 juin 1889. Il en fut de même à l'étranger : tout en plaçant les dispositions se référant à la nationalité dans des lois spéciales, on continua à les considérer comme des dispositions de droit privé¹. Cette opinion semble avoir été abandonnée aujourd'hui complètement. La doctrine a ouvert la voie à ce changement ; elle s'est rendu compte, depuis une vingtaine d'années, que cette matière « touche, en certains points, au droit constitutionnel² ». La Cour de cassation l'a suivi, et, par deux arrêts³, elle déclare expressément que cette matière, « bien qu'elle soit inscrite au Code civil, relève du droit

Nous avons certes souvent reconnu le besoin pour le texte législatif d'avoir un caractère pratique... Il nous semble cependant que le législateur doit consacrer les théories définitivement admises. Aussi croyons-nous qu'il doit placer les personnes juridiques dans le domaine de la personnalité et non de la propriété.

1. Il en est ainsi notamment en Allemagne où quoiqu'il existait une loi particulière sur la nationalité (du 1 juin 1870) et des dispositions spéciales dans la loi d'Inst. (art. 23, 41), on considéra cette matière comme une matière de droit privé.

2. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, 5^e éd., 1897 ; E. Bartin, *Etudes de droit international privé*, 1899.

3. Civ., 21 juin 1919, *Revue droit intern. privé*, 1919, 265 ; Ch. réunies, 2 février 1921, *Dall.*, 1921.1.5.

public ». A la suite de ces décisions, l'unanimité des auteurs est aujourd'hui d'accord pour reconnaître que les règles se référant à la nationalité sont « des règles de droit public » ... « qui touchent à la constitution même de l'Etat ¹ ». Car, comme on l'a très bien dit tout dernièrement ² : « l'attribution de la nationalité est une prérogative de souveraineté et ses effets réagissent sur la structure du pays ».

La reconnaissance du caractère public de cette matière a eu pour conséquence de la réglementer à part dans une loi spéciale. Ce que nous tenons à constater c'est que, dans ce cas aussi, la présence de règles de droit public dans le Code civil paraît indiscutable.

Les exemples étudiés, et on pourrait en citer d'autres, prouvent suffisamment que la pureté absolue des règles de droit civil, nous paraît quelque chose d'impossible : le droit public se mêle souvent au droit privé. Si cela est vrai, lorsqu'il s'agit de la personnalité considérée dans son cercle le plus restreint, la famille, à plus forte raison en sera-t-il ainsi lorsque nous étudierons la propriété et les contrats.

181. Propriété. — Le caractère public des règles en matière de propriété apparaît surtout dans des formalités qui entourent la transmission ; cela surtout dans les pays où la transcription du transfert de propriété fait l'objet d'un service public accompli par un fonctionnaire à ce spécialement établi. Dans ce cas, il y a un véritable acte public qui donne naissance à des droits privés et est susceptible d'une responsabilité spéciale ³.

Il y a lieu aussi de se demander si la disposition

1. G. de la Pradelle, *Cours de droit international*, 1928-1929, p. 84-85 et 28; Pillet (A.) et Niboyet (J.), *Manuel de Droit intern. privé*, 1924; E. Martin, *Principes de Droit international privé*, 1930, p. 8.

2. V. cependant quant aux dangers qui peuvent résulter de l'abus d'une telle idée, Roguin, *Science juridique pure*, t. III., p. 515.

3. V. notamment pour le Code civil suisse, l. IV, . XXV, « Du registre foncier », art. 942 et s.

de l'article 545 du Code civil français prévoyant les éventualités de l'expropriation et les conditions dans lesquelles elle est admise, n'est pas une règle de droit public. Il nous semble que nous nous trouvons ici en présence d'une règle exorbitante du droit commun privé et qui appartient au droit public ; c'est ce qui explique, d'ailleurs, d'après nous, que ce principe se trouve affirmé dans un grand nombre de Constitutions modernes.

Ce caractère apparaît surtout dans les nouvelles formes de la propriété¹ : nous voulons parler de la propriété des mines et des concessions hydrauliques, enfin, d'une notion toute originale, celle de la propriété littéraire.

a) Le caractère public de la propriété des mines et des concessions hydrauliques est indubitable : certes, l'intérêt privé n'est pas absent, mais c'est le côté public qui l'emporte. Nous nous trouvons, en effet, en présence de notions appelées à satisfaire non seulement à des intérêts privés, mais à un véritable « service public » ; leur caractère tout spécial exige une réglementation à part, afin d'assurer l'accomplissement de ce service. Nonobstant ce caractère et cette réglementation, nous trouvons dans les Codes civils modernes un grand nombre de dispositions s'y référant².

b) La propriété littéraire appartient tout autant au droit privé qu'au droit public : elle appartient au droit privé, en ce qu'elle donne naissance au droit de l'auteur et qu'elle le sanctionne sur le terrain du droit privé. Mais le côté public du droit n'est pas absent ; nous avons vu, en effet, que non seulement le législateur impose de nombreuses formalités à la naissance de ce droit, mais il accorde à l'Etat et aux sociétés intéressées un véritable droit d'expropriation dans l'intérêt public.

1. Nous tenons à citer aussi l'art. 538 C. C. F. sur « les biens du domaine public », l'art. 539 sur l'acquisition par l'Etat des biens vacants, etc...

2. Dans le droit de patrimoine privé lui-même, l'Etat s'immisce de plus en plus par ses ordonnances de police « concernant les constructions, les impôts, les douanes, les cotisations des assurances, etc... », v. Planck *op. cit.*, p. 29.

3. V. notamment pour le Code civil suisse, *Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale* concernant le projet de Code civil suisse (28 mai 1904) p. 13; Huber, *Exposé de motifs*, t. 1, p. 17.

182. *Conventions.* — C'est surtout en cette matière que voisinent le droit public et le droit privé. Le développement de plus en plus grand de la sphère d'activité de l'Etat a entraîné son immixtion dans une matière, hier encore exclusivement réservée à la sphère des intérêts privés ; nous voulons parler des contrats.

En effet, à côté des anciens contrats, se débattant librement entre deux parties contractantes, nous voyons apparaître de nouveaux rapports où tend à prédominer l'intérêt public ; tel est le cas du contrat de transport qui appartient au droit public, non seulement par l'ensemble de réglementations qui l'entourent, mais aussi par les clauses qu'il contient et qui sont exorbitantes de droit commun¹ ; tel est aussi celui du contrat de travail et de ses différentes espèces (notamment du contrat collectif et des contrats types de travail du C. C. S.) ; du contrat d'assurances, de location ou de société.

Ces contrats appartiennent au droit civil en ce qu'ils interviennent entre deux ou plusieurs parties contractantes qui conviennent librement entre elles. Ils appartiennent au contraire au droit public, en ce que le législateur pose des règles coercitives et empêche les parties d'y déroger, — en ce que l'Etat intervient de plus en plus pour sauvegarder l'intérêt général.

183. On perçoit facilement les liens profonds existant entre les règles de droit privé et celles de droit public et les difficultés qui en résultent lorsqu'on essaye de les séparer complètement. Le développement de la puissance de l'Etat et son intervention² dans les rapports privés, a rapproché de plus en plus les deux sphères d'activité : celle appartenant au droit public et celle abandonnée au droit privé. L'ancienne distinction classique des Romains semble ne plus exister qu'en principe ; en réalité, les points de contact des deux sphères sont de plus en plus grands. Nous les avons vu s'affirmer

1. V. Ambroise Colin et H. Capitant., *Cours du Droit civil Français*, t. II, 5^e éd., 1929, p. 580.

2. V. même sens Crome, *System des B. G. B.*, t. I, p. 47.

en matière de famille, de propriété et de conventions.

C'est surtout en cette dernière que l'évolution nous paraît plus intéressante : sous l'influence des conceptions nouvelles, le droit public se développe de plus en plus en cette notion et tend ainsi à y remplacer le droit privé.

On a voulu déduire de cette différence de caractères, appartenant aux règles du Code civil, une différence de technique ; de là, a-t-on dit, naissent un grand nombre d'erreurs. Car, « aussi longtemps que la nature juridique elle-même des règles est douteuse ... aussi longtemps ... la forme qu'on doit donner à une règle juridique varie ¹ ». On est allé jusqu'à affirmer que « les dispositions du droit privé, en vertu de leur précision même, n'ont ni la souplesse ni l'ampleur de celles du droit public ² ». Est-ce bien vrai ?

Certes, les dispositions exorbitantes de droit commun, qui indiquent souvent le caractère public des règles, exigent une forme impérative ; mais doit-on aller plus loin ? et, en tous cas, peut-on affirmer que les règles de droit public présentent plus d'ampleur et de souplesse que celles du droit privé ? Nous ne le croyons pas. Certes, ces règles s'appliquent à des sphères d'activité différentes, mais n'ont pas une nature foncièrement distincte. On a dit très justement que « les principes du droit public sont les têtes de chapitre du droit privé ³ » ; aussi ne croyons-nous pas qu'on puisse les distinguer au point de vue de leur souplesse et de leur ampleur. Nous verrons plus loin, lorsque nous parlerons du rôle de la jurisprudence dans le Code civil, combien grande a été la fonction d'évolution et de transformation du texte civil selon les exigences de la vie. Il apparaît d'ailleurs certain que sans ce caractère souple, évolutionniste, le Code civil français n'aurait pu subsister pendant un

1. Wendt., *op. cit.*

2. A. Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil.*, 1904, p. 23-24.

3. Rossi, cité par G. de la Pradelle, *Cours de droit international*, 1928-1929, p. 84.

siècle ; ceux qui méconnaissent cela ignorent la distinction entre le droit et la loi dont nous avons si souvent parlé.

En résumé, il résulte que des règles purement civiles ne peuvent se concevoir en pratique ; elles sont souvent mêlées intimement à celles du droit public et forment un seul tout. Aussi, ne peut-on les séparer sans nuire à l'ensemble. Si cela est vrai, il ne faut pas cependant oublier que le Code civil est avant tout appelé à contenir l'ensemble du droit de la personne dans ses rapports de famille et de société. Aussi, doit-on y écarter les dispositions de droit public présentant un caractère d'ensemble ; tel est le cas, avons-nous dit, pour l'institution juridique de la nationalité qui doit faire l'objet d'une loi à part.

Nous passons maintenant au droit international privé dans le Code.

B. — *Règles de droit international privé dans le Code civil*

185. L'étude de règles de droit international privé à la suite de celles du droit public s'explique par la nature toute spéciale qui leur est accordée par différents auteurs.

Elles se composent de dispositions se référant aux conflits de lois, à la capacité des étrangers et à la nationalité. En ce qui concerne la nationalité, l'unanimité des auteurs est d'accord pour déclarer qu'on se trouve en présence de règles de droit public ; c'est ce qui explique que certains civilistes des plus distingués¹ sou-

1. Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. I, 1897, qui tout en admettant la méthode suivie par la loi du 26 juin 1889, reconnaît que cette matière peut être envisagée à un double point de vue, celui du droit constitutionnel et celui du droit civil, p. 481 ; Et. Martin, *Principes de Droit international privé*, 1930, p. 8, qui y voit des règles de droit public « qui touchent à la constitution même de l'Etat », p. 7. Relevant le fait que la loi fondamentale du 26 juin 1889 a été insérée dans le Code civil, l'auteur ajoute le caractère civil ou non d'une règle de droit ne saurait dépendre dans une bonne classification, non pas même du caractère civil ou non des textes qui la permet

tiennent que les règles de la « Nationalité » ne sont pas des règles de droit international privé¹.

Sans nous arrêter à cette discussion, qui est en dehors de notre ouvrage, nous nous demanderons si les dispositions de droit international privé sont des règles de droit civil. Mais avant de nous poser cette question, nous essaierons d'examiner quelle est la situation de fait dans les différentes codifications modernes : les Codes civils ont-ils consacré, et dans quelle mesure, l'ensemble de ces dispositions. Après quoi, nous nous proposons de dire si ces règles doivent faire ou non partie du Code civil dans l'avenir.

186. Code civil français. — Il consacre au droit international privé un certain nombre d'articles qui se réfèrent au conflit des lois², à la condition des étrangers et à la nationalité³.

On a souvent relevé les lacunes de ces textes⁴ et le caractère tout spécial qui leur était accordé⁵; on a même ajouté, — avec raison, croyons-nous, — que

ce qui ne voudrait pas dire grand'chose, mais encore de la désignation, même officielle, du recueil dans lequel ces textes ont pris officiellement place » p. 8. C'est ce qui explique que la loi du 10 août 1927 ait abrogé « expressément dans son art. 13, tous les textes précités moins l'art. 8 de la loi du 22 juillet 1893 et constitué à l'exemple de plusieurs législations étrangères, un code spécial et distinct de la nationalité », *op. cit.*, p. 120; J. P. Niboyet, *Manuel de Droit international privé*, 1928, n° 12-13, p. 24 et s.

1. La question de savoir si l'ensemble des règles de droit international privé devait être inséré dans le Code civil a fait l'objet de discussions, sans cependant amener à des solutions définitives, à la société d'Etudes législatives. V. Saleilles, *Compte-rendu des travaux de la Sous-Commission*, Bull. soc. et légis., 1905, p. 249.

2. Art. 3 du Code civil.

3. Art. 7-21, l. I, t. I, chap. I et II, sec. I.

4. Aussi a-t-on pu dire que cette science, par ses lacunes, était « une mer de doutes ». Laurent cité par Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, Recueil publié par la Faculté de droit de Lausanne à l'occasion de l'exposition nationale suisse, Genève 1896, p. 87; v. aussi Lainé, *Projet de Code civil Belge*, bull. soc. et légis., 1890, p. 317-319; Aubry et Rau, *Cours de droit civil Français*, t. I, 1897, p. 130-131.

5. V. Et. Bartin, *Protection et tutelle des enfants naturels*, Bull. soc. et légis., 1904. Séance du 25 février 1903, p. 158. L'auteur constate que les art. 170, 999 et 3 ne seraient pas des dispositions générales mais « plutôt une réunion, une juxtaposition de solutions particulières plus ou moins complètement empruntées à la vieille théorie des statuts »; Pillet, *Le régime légal des étrangers mariés en France et des Français mariés à l'étranger*, Bull. soc. et légis., 1909, séance du 10 juin 1909, p. 462; Pillet, *Traité pratique de Droit international privé*, t. I, 1923, p. 130; Et. Bartin, *Principes de droit international privé*, 1930.

« cette insuffisance a été, chez les auteurs de la codification de 1804, non seulement voulue, mais systématique¹ ». La raison de cette abstention du législateur était des plus logiques : on se trouvait en présence de dispositions sujettes à évolution et présentant souvent un caractère politique nettement affirmé.

187. *Code civil allemand.* — Si nous passons au Code civil allemand, le système suivi par le législateur de 1900 diffère un peu de celui qui l'a précédé. Le droit international privé s'était amplement développé durant cette époque ; les rapports d'interférences existant entre les nationaux des pays différents, avaient produit tout un renouveau dans ce droit ; ce renouveau s'était manifesté, pour partie au moins, dans certaines des législations apparues entre temps². Aussi fut-il ajouté au projet du Code civil allemand, un sixième livre de droit international privé, sous le titre « Anwendung der Ausländischer Gesetze ».

Quant aux considérations qui expliquent l'ampleur de telles dispositions, elles sont multiples ; en plus du développement du droit international privé et de la nécessité pour le nouveau Code de le consacrer, nous croyons voir dans ces règles comme une réaction contre la multiplicité des législations qui partageaient l'Allemagne, et contre l'insécurité qui en résultait. Nous nous trouvons en présence d'un sentiment analogue à celui des pays nouvellement formés et qui tendent à codifier leurs lois pour écarter le grand nombre de conflits existant sur un même territoire.

Quelles que soient les raisons qui expliquent l'adjonction de ce nouveau titre, il importe d'ajouter que le Bundesrath ne suivit pas la seconde commission ; con-

1. Et. Bartin, *Principes de droit international privé*, 1930.

2. Tel était notamment le Code civil italien qui contenait 7 art. de droit international privé en matière de conflit des lois, art. 6-12. V. aussi Lamé, *Projet de code civil belge*, bull. soc. et légis., 1980, qui, relevant l'importance de ces règles pour le Code civil, déclare : « Tout Code nouveau contiendra une véritable législation sur les conflits des lois » (p. 323).

sidérant le caractère évolutif de ces notions et les côtés politiques qu'elles suscitaient, il écarta ces dispositions du Code civil et les inscrivit, pour partie au moins, dans la loi d'introduction¹. On facilitait, par là, leur modification dans l'avenir, sans toucher au Code civil lui-même. Les auteurs sont d'ailleurs d'accord pour déclarer que la loi d'introduction forme un tout avec le B. G. B. ; de sorte que l'exclusion des règles de droit international privé, du Code civil lui-même, ne peut être invoquée pour nier leur caractère civil.

188. *Code civil suisse*. — Les règles de droit international privé dans ce Code sont placées sous le titre final (art. 59). Ce titre constitue la loi d'introduction du Code civil suisse et est destiné à faciliter « l'entrée en vigueur et l'application du Code civil ». L'article 59, qui se réfère au droit international privé, complète la loi du 25 juin 1891 sur « les rapports du droit civil » ; on y trouve un grand nombre de dispositions se référant à la capacité des étrangers et aux conflits des lois.

Si nous passions maintenant aux Codes civils modernes, apparus pendant et après-guerre, nous serions frappés du grand nombre de dispositions de droit international privé qu'ils contiennent. Il en est ainsi notamment pour le Code civil brésilien et pour l'avant-projet de Code tchécoslovaque.

189. *Code civil brésilien*. — On a déjà souvent relevé la place accordée dans ce Code aux dispositions de droit international privé². Celui-ci consacre, sous le titre « L'Application des lois dans l'espace » (art. 8-21 Intro.), certaines doctrines étrangères existant en cette

1. Sous le titre de « Règles générales relatives aux limites de l'application du Droit du Reich », v. là-dessus Crome, *System des B. G. B.*, t. I, p. 47; Planck, *op. cit.*, t. I, p. 15; Endemann, p. 129-130.

2. V. quant aux avantages et inconvénients d'insérer des dispositions de droit international privé dans le Code civil, Hüber, *op. cit.*, t. I, p. 27-28.

3. V. René Demogue, Compte rendu sur le « Código civil de Republica dos Estados Unidos do Brazil », *Rev. trim. du droit civil*, 1917; Clovis Bevilacqua, *Préface au code civil des Etats-Unis du Bresil*, Paris, Imprimerie Nationale, MDCCCXXVIII, p. 29.

matière¹ ; sans nous arrêter là-dessus, nous tenons simplement à relever l'importance accordée par le nouveau Code au droit international privé.

190 *Avant-projet de Code civil tchécoslovaque.* — Nous y trouvons un grand nombre de dispositions sur les conflits des lois (art. 12-63). Aussi a-t-on pu dire avec raison qu'il y avait, « encastrée dans l'avant-projet du Code civil, toute une codification de droit international privé² » ; elle apparaît comme une véritable réaction contre l'incertitude et l'imprécision résultant de la multiplicité des lois dans le nouvel Etat.

191. Si nous comparons ces articles à ceux du Code civil français, nous voyons tout le chemin parcouru ; ce n'est pas une simple formule semblable à celle de l'art. 3, alin. 3, C. C. F. que nous trouvons, mais un grand nombre de dispositions établissant d'une façon précise la solution, pour les principaux cas de conflits de lois et de la capacité.

Le droit international privé a évolué durant un siècle ; les rapports privés, toujours plus importants pour les nationaux des divers pays, ont exigé des institutions plus larges, plus développées ; de là, la nécessité pour la jurisprudence de les créer, et pour le législateur, de les consacrer dans ses formules. Au développement de ce droit a aidé la formation d'un droit interprovincial dans les divers pays nés après-guerre.

Certains auteurs, parmi lesquels Pillet et Zittelmann, croient que ces questions sont des règles de droit international : elles ne deviennent pas lois de l'Etat où elles s'appliquent, car « elles mettent nécessairement en présence des souverainetés concourantes de plusieurs Etats³ ».

Quant à nous, nous croyons, avec la majorité des

1. Clovis Belivaqua, *op. cit.*, p. 29.

2. Lambert, *Les publications...* etc., Bull. soc. légis. comp., 1926, p. 173.

3. Pillet, *La méthode en Droit International privé, Les méthodes juridiques*, 1911, p. 17.

auteurs¹, que ces règles sont des règles de droit interne, car elles mettent en jeu l'existence même de l'Etat. Il appartient à l'Etat de régler sur son territoire la question du conflit des lois.

Certes, ces règles « peuvent être communes à plusieurs Etats ... être établies par des conventions internationales et avoir dans ce dernier cas le caractère d'un vrai droit international, régissant les rapports entre des Etats. Mais, à part cela, il y a lieu de considérer que les dites règles font partie du droit interne². »

Nous sommes tout à fait d'accord avec cette façon de voir de la Cour permanente de justice internationale ; nous croyons fermement, pour les raisons indiquées plus haut, que ces règles sont, d'une façon commune, des règles de droit interne. La question se pose alors de savoir quelle est la nature qui leur est propre. Sont-elles des règles de droit privé ou de droit public ?

Le désaccord apparaît ici à nouveau entre civilistes et auteurs de droit public ; tous sont certes d'accord pour reconnaître que le domaine de la « nationalité » appartient au droit public. C'est ce qui explique, d'ailleurs, que certains très distingués civilistes ne considèrent pas cette matière comme étant le droit international privé.

Quant aux autres — pour ceux qui considèrent avant tout les questions de souveraineté auxquelles ces lois sont appelées à satisfaire —, ce sont des règles de droit public *sui generis*, très apparentées avec les règles qui régissent les pouvoirs législatifs à l'intérieur de l'Etat³.

1. Le professeur Pillet reconnaissait lui-même que la majorité des auteurs était en ce sens, *op. cit.*, p. 16; cette idée avait d'ailleurs été déjà soutenue dès 1899, par le distingué civiliste de la Faculté de Paris, Et. Par-tin, *Etudes de Droit International privé*, 1899, p. 77.

2. Cour Permanente de Justice Internationale, Arrêts n° 14 et 15 du 12 juillet 1929. Rec. des arrêts, série A, cité d'après Examen Doctrinal. Chronique du Droit International privé par M. J. P. Nihoyet, *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1930, t. XLX, n° 162, p. 2-3.

3. Zitelmann *Internationale privatrecht*, t. I., p. 281; Pillet, De la nature des règles d'origine législative relatives à la solution des conflits des lois, *Rev. de droit International privé*, 1909, p. 24-25; M. J. P. Nihoyet, *Manuel de droit international privé*, 2^e édit., 1928, p. 27, note 1

Nous croyons que les règles se référant aux conflits des lois sont des règles de droit privé : elles sont, en effet, appelées à compléter les règles de droit civil sur la capacité, le mariage; etc... ; aussi, forment-elles un seul tout avec celles-ci. L'intérêt pratique qu'elles sont souvent appelées à satisfaire, milite aussi en faveur de cette dernière solution ; le droit international privé envisagé comme élément de droit civil, est un « procédé incomparable de contrôle des solutions sur les questions que ni les textes ni les principes ne pourraient résoudre ¹ ».

Tenant compte de cette fonction qu'elles sont appelées à satisfaire, certains auteurs croient que ces dispositions doivent être placées dans les chapitres y afférant, à la suite des dispositions de droit civil.

Ce système présenterait, certes, le grand avantage de satisfaire aux principes de l'intégralité de la pensée dans toutes les matières où il interviendrait. Nous croyons cependant préférable le système qui consisterait à réunir toutes les dispositions de droit international privé dans une législation à part ; nous nous trouvons, en effet, en présence de dispositions légales évoluant beaucoup plus vite que celles de droit civil² ; de là, la nécessité de modifier le Code à des époques trop rapprochées. Or, nous avons vu les difficultés qui pouvaient en résulter.

Tout en étant de droit interne, nous avons déjà dit que ces règles peuvent être établies par « des conventions internationales ou des coutumes » ; de plus, la justice internationale contribue de plus en plus à leur développement. Le développement des règles de droit international privé devenant de plus en plus grand, pourrait

1. Et. Martin, Cours de droit International privé, professé à la Faculté de Droit de Paris, 1926-1927, p. 6.

2. De plus l'unification en cette matière s'accomplit d'une façon beaucoup plus rapide qu'en matière de droit civil V. Bertrand : « De la codification » Discours prononcé à l'audience de rentrée de la Cour de Cassation 1888, p. 36-37; Saleilles, Compte-rendu des travaux de la 1^{re} Sous-Commission, *Bull. soc. et lég.*, 1905, p. 249; V. Capitant, Constitution d'un Comité Italien et d'un Comité Français, pour réaliser l'union législative entre les nations amies et alliées, *Bull. soc. et légis.*, 1917-1918; Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 130.

entraîner un véritable étouffement des règles de droit civil.

C. — *Règles de droit commercial dans le Code civil.*

192. La question de la présence des règles du droit commercial dans le Code civil est une de celles qui ont fait l'objet des plus amples discussions au siècle dernier¹ ; elle présente un grand intérêt pour notre sujet, en raison du caractère plus souple, plus évolutif qu'elle imprime aux règles de Code civil.

Alors que le Code civil français écarte presque complètement l'ensemble de ces règles, il n'en est plus ainsi des Codes qui suivront. C'est ce que nous nous proposons de montrer d'une façon plus approfondie dans cette sous-section. Nous commencerons par examiner l'état de fait existant en cette matière dans les différentes codifications civiles, puis, nous passerons aux arguments invoqués pour et contre l'admission de ces dispositions dans le Code, enfin, nous verrons quelles sont les conséquences à tirer pour le Code civil d'avenir.

193. *Code civil français.* — Il contient l'ensemble des règles du droit privé commun s'appliquant à la personne ; il écarte les dispositions de droit commercial qu'il considère comme des règles d'exception.

Nous ne trouvons certes pas un système consciemment appliqué et suivi ; bien plus, on a souvent relevé le caractère commercial de certaines dispositions, telles que celles comprises dans la section II, « Des voituriers par terre et par eaux » (art. 1782-1786, l. III, t. VIII), faisant double emploi avec les règles similaires existant dans le Code commercial (art 96 et s. ; 103-108) ; aussi a-t-on demandé, avec raison croyons-nous, leur radiation.

On ne trouve pas dans le Code civil français un

¹ César Vivante, *Un code unique des obligations, An. dr. commercial* 1893-7, p. 1.

ensemble de règles se référant à une institution de droit commercial bien déterminé. Cela est d'autant plus intéressant à noter que les projets de Code civil existant sous la Révolution comprenaient tout un titre¹ se référant au « Contrat de change »² ; ce n'est qu'à la suite de la demande expresse de la « Commission de la classification des lois », que ce titre fut enlevé. Quant aux raisons spéciales au Code civil français, qui expliquent l'absence de telles dispositions, elles sont multiples : notons, en plus de la tradition, le faible développement des « meubles ». Il était donc normal de mettre à part toutes les dispositions qui s'y référaient.

194. *Code civil allemand.* — L'influence du droit romain³ et l'existence d'un Code commercial spécial⁴, explique l'absence du Code civil allemand, des dispositions du droit commercial.

Nous tenons cependant à remarquer qu'on rencontre dans ce Code non seulement des dispositions particulières se référant au commerce ; on y trouve une conception toute nouvelle quant à la conclusion et au transfert des accords de volonté. On facilite cette conclusion par des institutions et des moyens plus appropriés.

L'influence du droit commercial se manifeste aussi dans les facilités accordées au transfert des créances constaté par titre au porteur ; si nous ajoutons celles exercées quant à l'individualité et à la forme des sociétés

1. « Dans le projet de code civil présenté à la Convention par Cambacérès en l'an II, un titre XI du livre III, comprenant 11 art. était consacré au change (V. rapport sur le Code civil fait au nom du Comité de législation par Cambacérès, t. XI du l. III). Le même titre, mais bien plus développé et ne comprenant pas moins de 49 art., figurait dans le projet de Code civil, présenté au Conseil des Cinq-Cents par le même rapporteur... » Larnaude. L'unification législative entre la France et l'Italie, *Bull. soc. légis. comp.* 1930, p. 128.

2. Le tribunal de Lyon avait même émané que les lois commerciales fassent partie du droit civil. V. Ray, *op. cit.*, p. 200.

3. V. quant à l'influence du droit romain sur la composition du Code civil allemand, Standinger, *Kommentar*, t. I, qui constate que le B. G. B. « se préoccupe en principe de ces seules matières qui furent traitées dans le droit des Pandectes. Tout le droit commercial, droit d'auteur... mis de côté », p. 5 ; Bufnoir, Code civil allemand, *Bull. soc. légis. comp.*, t. XVIII, p. 144.

4. Le Code de commerce allemand fut soumis à une refonte (10 mai 1897) qui entra en vigueur en même temps que le Code civil.

civiles, on comprendra tout le chemin parcouru.

Tout en excluant l'ensemble du droit commercial du Code civil, le législateur allemand en a subi une profonde influence¹. Cela s'explique par le développement du commerce et de l'industrie, par la valeur toute nouvelle acquise aux meubles, par l'importance accordée aux accords de volonté. La nécessité de conclure au plus vite ces accords en a fait écarter l'ensemble des formalités surannées qu'on rencontre trop souvent dans le Code civil français ; tout en sauvegardant l'intérêt des tiers, on a facilité par là les accords de volonté.

195. *Le Code des obligations suisses*. — Il est la première législation civile contenant l'ensemble des dispositions de droit commercial². Cela est d'autant plus intéressant à noter que ce système, instauré en Suisse dès avant la rédaction définitive du Code civil allemand, « n'a pas présenté des inconvénients³ ».

Facilitant et simplifiant la conclusion des affaires, écartant les discussions et les difficultés doctrinaires auxquelles donnait naissance l'existence d'un droit spécial, le nouveau système a été maintenu lors de révision du Code des obligations suisses et de l'unification du droit civil.

Il faut d'ailleurs ajouter que tout le monde était d'accord pour reconnaître la supériorité du nouveau régime. L'expérience que nous fournit la Suisse nous

1. « Plus de la moitié des dispositions du H. G. B. ancien sur les actes de commerce en général et sur la vente (L. IV, t. I et 1) ont été dépouillés par le B. G. B. de leurs caractères spécifiques commerciaux et transportés dans le droit civil », Code civil allemand, An. du Droit commercial, 1898, p. 147; v. *op. cit.*, influence exercée par le B. G. B. sur le nouveau H. G. B.

2. L'art. 64 de la const. de 1874 étendait l'unification à toutes les matières de droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations y compris le droit commercial et le droit de change).

3. Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale, concernant le projet de loi destiné à compléter le Projet du Code civil suisse (Droit des obligations et titre final) du 3 mars 1905, p. 6; V. aussi Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations*, 2^e édit., 1905, qui constate que : « l'expérience n'a pas été trop mauvaise et cette innovation semble définitivement acquise à notre législation suisse », p. 8. L'opinion du prof. Rossel nous paraît d'autant plus intéressante à noter, que l'auteur était un des partisans du maintien de législations spéciales en cette matière. V. *op. cit.*, p. 7.

paraît suffisante pour nous prononcer ; car, tout en écartant les règles spéciales aux commerçants, le Code civil suisse a réalisé l'unité du droit privé en matière d'obligation. Il y a lieu de se demander maintenant quelle a été l'influence exercée par le Code civil suisse sur les codifications qui ont suivi.

196. *Code civil brésilien.* — Il maintient l'ancienne distinction du Code civil français et allemand ; cela s'explique par l'influence exercée par ces deux Codes au moment de sa rédaction ; cela s'explique surtout par le désir du législateur brésilien de tenir compte, dans son travail, de l'état économique du pays pour lequel il légiférerait. La présence de règles de droit civil précises, de formation plus nette, nous semble nécessaire pour un pays nouveau au point de vue économique.

Nous tenons cependant à ajouter que le Code civil brésilien a subi l'influence des dernières transformations du droit privé par le droit commercial. Aussi a-t-il consacré la personnalité des sociétés civiles et le transfert de la volonté unilatérale par titre au porteur (art. 1505-1511) ; il réglemente, de plus, dans un grand nombre de dispositions (art. 1432-1475) les contrats d'assurances.

Il résulte, de ce qui vient d'être dit, que le Code civil brésilien, tout en n'unifiant pas la matière des obligations, a subi l'influence du droit commercial.

197. *Avant-projet de Code civil tchécoslovaque.* — On rencontre un système similaire dans ce nouveau projet : le législateur maintient la distinction entre le droit civil et le droit commercial¹.

Il en est autrement en Russie soviétique. Le Code civil soviétique embrasse la matière commerciale, sauf le droit des effets de commerce².

1. V. Schumann, *Théorie des obligations dans le Projet de Code civil tchécoslovaque*, thèse Paris, 1927.

2. Il existe en cette matière une loi spéciale de 1922. V. quant à cette loi, *Traité de Droit civil et commercial des Soviets* Basile Eliachevitch, Nolde, etc., t. 2, 1930, p. 149 et s.

198. Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que, excepté la Suisse et les pays où l'unité du droit privé semble avoir été artificiellement introduite, la séparation du droit civil et du droit commercial continue à subsister. Quelles sont les raisons profondes de cette distinction ? C'est ce que nous nous proposons de dire maintenant.

Un grand nombre d'arguments ont été invoqués à l'encontre de cette unité. On a soutenu, en effet, que les opérations commerciales présentant un caractère tout particulier exigent une célérité et une facilité de conclusion qu'on ne rencontre pas en matière civile ; de là, la nécessité pour le commerçant d'être muni d'un droit spécial qui facilite la formation de ses accords et en augmente le crédit.

On a relevé le rôle tout spécial de la coutume en matière de commerce, la mobilité plus grande du droit commercial et son aptitude à s'harmoniser avec les législations similaires étrangères.

Quelle que soit la valeur de ces arguments, ceux présentés par l'opinion adverse nous semblent péremptoirs. Le développement de la vie exige de plus en plus de célérité dans l'accomplissement des actes juridiques, quelle que soit leur nature, fût-elle civile ou commerciale.

Le commerce ne se restreint plus à une classe déterminée de gens ; les actes de commerce se mêlent aujourd'hui continuellement aux actes purement civils ; bien plus, la plupart des actes civils peuvent, suivant les circonstances, acquérir une nature commerciale¹.

La nécessité de protéger le crédit des individus appa-

1. César Vivante, *Un code unique des Obligations*, An. dr. commercial, 1893-7, p. 7 ; Charles Laurent, *De la fusion du droit civil et du droit commercial*, thèse Paris, 1903, p. 134-137 ; A. Wahl, *préface au Traité de droit Commercial* de C. Vivante, t. I, 1910 ; Albert Wahl, *Précis de droit commercial*, 1922, p. 3. V. aussi ex. cités p. 8 ; V. aussi quant au rôle de la coutume dans les deux droits, *op. cit.*, p. 11, p. 17. Cette idée de l'unité des actes commerciaux et civils se trouve clairement exposée chez Freitas, dès 1967. V. Prof. Rodrigo Octavio, *Le codification du droit civil au Brésil*, Conférence tenue à la Faculté de Paris, le 26 mars 1830, *Rev. trim. de droit civil*, 1930, p. 745. V. aussi p. 746 et note 1 où l'auteur déclare que cette idée a été soutenue pour la première fois en 1847 par le prof. G. Montanelli, *Introduzione allo studio del Diritto commerciale positivo*.

rait tout autant en matière de droit civil qu'en matière de droit commercial ; nous avons vu, en effet, lorsque nous avons parlé du facteur économique dans un Code, que l'intérêt des tiers exige de plus en plus à être sauvegardé. C'est ce que certaines législations ont d'ailleurs compris en étendant le régime de la faillite au débiteur non-commerçant ¹.

On ne perçoit dès lors plus la nécessité de maintenir une législation spéciale en faveur des commerçants, puisque les besoins du crédit et la célérité dans la conclusion des actes existent dans les deux cas.

Nous ne croyons pas non plus qu'on puisse établir dans l'avenir une distinction entre les législations civiles et commerciales, au point de vue de leur mobilité. Quant à leur facilité d'unification, nous avons déjà dit que celle-ci est non seulement possible, mais même probable en matière de « droit d'affaires », sans distinguer si cette matière appartient au droit civil ou commercial.

Il faut, d'ailleurs, ajouter que la jurisprudence civile française emprunte de plus en plus certaines règles au droit commercial ; il en est ainsi notamment pour la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés civiles, pour le transfert des créances par la voie des titres au porteur, pour la responsabilité des associés ; il se produit ainsi un rapprochement insensible des deux droits et une transformation du droit civil sous l'influence du droit commercial ².

1. Il en est ainsi notamment au Brésil où les lois relatives aux sociétés anonymes (du 4 sept. 1882 et 4 juin 1891), en matière de faillite (depuis la réforme de 1890), le décret n° 763, du 19 sept. 1890 en matière de procédure ont étendu les règles commerciales aux relations civiles. V. Prof. Rodrigo Octavio, *op. cit.*, p. 748. C'est ce que demandait déjà César Vivante, *op. cit.*, p. 8. Un régime unique existe d'ailleurs aussi en Angleterre en matière de faillite, depuis 1883. Quant à l'Allemagne ce n'est que la cessation de paiement qui donne lieu à la faillite ; mais le législateur confère au juge de très larges pouvoirs pour lui permettre de décider s'il y a eu cessation de paiements. On se rapproche ainsi de plus en plus de la « missio in possessionem » du droit romain.

2. V. Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 1928, p. 4 ; v. aussi E. Thaller, De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial, extr. du *Livre du Centenaire du Code civil*, 1904, p. 3, 18 ; Charles Laurent, *De la fusion du droit civil et du droit commercial*, thèse Paris, 1903, p. 78 et s., p. 91, p. 125 note 1.

Ce n'est pas seulement la jurisprudence qui, obéissant « à la loi d'imitation », rapproche les deux droits ; il en est de même de la doctrine qui a permis au droit civil d'emprunter ses cadres techniques au droit commercial. La règle commerciale acquiert ainsi en précision ce qu'elle perd en facilités d'évolution et de transformation¹.

Les rapports d'interférences entre ces deux droits rendent l'unification de plus en plus facile ; si on ajoute à cela que la « Partie générale » des Obligations s'applique, à défaut de dispositions spéciales, aux rapports de commerce, que le Code de commerce français ne contient qu'un seul article en matière de vente (art. 109, C. de comm.), que le régime de la faillite s'applique, en Allemagne, aux débiteurs civils et commerciaux, on comprendra facilement que « ces deux branches de notre droit privé se rapprochent et ... se ressemblent de plus en plus² ».

Nous croyons que le Code civil d'avenir devra unifier le droit en matière d'obligations. Certes, des règles spéciales aux commerçants subsisteront en certaines matières, telles que celles des livres de commerce ; mais ces dispositions toutes particulières ne doivent empêcher l'unification de l'ensemble. La distinction qui subsiste aujourd'hui est une survivance historique qui n'a plus sa raison d'être. Aussi, la législation spéciale des différents pays collabore à l'œuvre de rapprochement de ces deux droits ; il se forme ainsi un droit souvent plus équitable et plus respectueux des droits des tiers. Nous terminons ainsi avec ce que nous avions à dire au sujet des règles de droit commercial dans le Code civil.

1. V. quant à l'influence au point de vue technique, du droit civil sur le droit commercial, Thaller, *op. cit.*, p. 4-5, p. 7-10, v. aussi *Influence du code civil en la matière de la vente*, p. 1-2.

2. V. quant aux tendances de rapprochement de ces deux droits au Brésil, professeur Rodrigo Octavio, *La codification du droit civil au Brésil*, *op. cit.*, p. 749-750; Charles Laurent, *op. cit.*

D. — Règles de droit pénal dans le Code civil.

199. Cette étude semblerait, à première vue, ne présenter aucun intérêt ; en effet, à mesure que s'est développée la vie juridique et le rôle de l'Etat dans la société, le droit pénal s'est retiré du domaine du droit civil pour s'organiser à part dans des lois spéciales.

Ce qui a marqué cette séparation, c'est la distinction toujours plus nette de la notion de peine et de celle de réparation du délit ; alors qu'au début du droit la peine « règne souverainement..., se manifeste dans chaque partie du droit, pénétrant plus ou moins profondément toutes les relations juridiques », plus tard « son champ d'action... se rétrécit, la notion de peine s'épure... ¹ ».

Cela est certes vrai ; le droit pénal est aujourd'hui distinct du droit civil, mais, — la séparation n'est pas accomplie depuis longtemps, — certaines peines entraînent encore des conséquences juridiques de droit civil. De plus, les Codes civils modernes créent souvent de véritables délits civils susceptibles de peines.

Nous examinerons tour à tour ces différentes affirmations ; après quoi, nous dirons quelques mots du droit de légitime défense et de la justice privée dans le Code civil.

200. La séparation du droit pénal et du droit civil est relativement moderne ; le droit romain a certes connu, à une époque de développement avancé ², l'existence d'actions reipercussorias à côté des actions pénales ; mais nous ne trouvons nulle part, établie à Rome d'une façon générale, la distinction précise entre le droit civil et le droit pénal.

Elle apparaît dans l'ancien droit français dès le

1. Ihering, *De la faute de droit privé*, p. 68 ; v. aussi Raymond Henri, *Etude sur les institutions civiles de la Suisse*, 1885 p. 179.

2. Cela est déjà affirmé d'une façon précise dans les *Institutions* de Gaius, IV, 6-9 ; v. aussi Justinien, IV, 6, 16-19, *Inst. de actionibus*.

xii^e siècle¹, mais n'est généralement admise qu'au xvii^e, chez Domat. Cela s'explique facilement : elle ne pouvait s'établir définitivement que du jour où l'Etat a été suffisamment organisé pour réprimer les atteintes portées à l'ordre public ou privé. Elle suppose de plus une conscience juridique suffisamment avancée, pour que toute passion disparaisse dans la poursuite du droit ; aussi le « *Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten* » comprend-il encore la totalité du droit civil et pénal du Royaume de Prusse.

201. Nonobstant la séparation aujourd'hui accomplie, certaines peines pénales entraînent encore des conséquences juridiques en droit civil. Sans nous arrêter à la « mort civile », aujourd'hui définitivement disparue de nos codes, qu'il nous suffise de rappeler l'effet produit par les peines, afflictives et infamantes en matière de divorce (art. 232), de tutelle (art. 443) et de déchéance paternelle².

La conséquence immédiate de la séparation du droit pénal et du droit civil est que le débiteur n'est tenu que dans le cas de préjudice et dans la mesure seulement où ce préjudice existe³. Il en est tout autrement pour le cas de dol (art. 1151) où le législateur établit une véritable peine civile ; il en est de même dans le cas de l'action paulienne (art. 1167) et du recel d'effets appartenant à une succession (art. 792 ; art. 801)⁴. Une tendance

1. V. notamment Loysel, *Institutes coutumières*, n° 832, cité d'après Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 5^e éd., 1929, t. II, p. 366.

2. V. notamment les nombreuses lois apparues en la matière, telles que la loi du 24 juillet 1889 « sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés » ; loi du 19 avril 1898 « sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté, et attentats commis envers les enfants » 27 juin 1904, etc ; V. surtout la loi du 17 juillet 1927.

3. V. art. 1149.

4. V. aussi sur les rapports du droit pénal et du droit civil, Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1926. Après nous avoir indiqué « un certain nombre » de dispositions pénales existant dans le Code civil français, l'auteur ajoute : « l'on peut remarquer que de telles dispositions viennent presque inévitablement s'adjoindre aux lois qui introduisent un droit nouveau » (p. 63) ; v. enfin nombreux exemples de dispositions de droit civil à caractère pénal dans G. Rousset, *op. cit.*, *Revue critique de légis. et de juris.*, 1856, 1858.

semblable s'affirme encore dans d'autres codes que le Code civil français.

Aussi a-t-on critiqué cet empiètement du législateur civil dans le domaine du droit pénal¹, et a-t-on affirmé qu'il ne lui appartenait pas d'établir des peines et de considérer certains actes comme délits.

Quant à nous, nous ne croyons pas que cette tendance puisse déparer l'unité de l'œuvre ; cela au moins pour le cas où elles font partie de l'ensemble de dispositions qu'elles sont appelées à compléter. Tel est le cas pour l'hypothèse du recel ; nous croyons que, dans ce cas, l'intégralité même du code exige de traiter ces questions dans un même ensemble ; de plus, leur insertion dans le Code civil produit quelques effets spéciaux².

202. Nous tenons, avant de conclure, de dire quelques mots de la justice privée et de la légitime défense.

A première vue, la justice privée et la légitime défense sont des matières de droit pénal ; il appartient en effet au Code pénal d'établir les cas de répression par l'Etat des atteintes portées à l'ordre public ou privé ; il lui appartient aussi de dire si ses pouvoirs peuvent, pour des considérations pratiques, être abandonnés à l'individu lui-même, et dans quelle mesure. Aussi paraît-il assez étrange, qu'à la suite du Code civil allemand³, ces principes soient passés dans le C. O. S.⁴ et dans le Code brésilien⁵.

Il nous semble cependant que ces institutions, tout en

1. V. auteurs cités notes précédentes.

2. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. III, p. 467-468.

3. V. Alexandre Vallimaresco, *La justice privée en droit moderne*, 1926, Paris, qui constate que « le B. G. B. est le premier Code moderne consacrant formellement des cas de justice privés » (p. 39) ; v. aussi *op. cit.*, p. 53 pour les cas de légitime défense. Cela se conçoit facilement pour le droit allemand, si on se rappelle que la codification de Prusse de 1794, « comprend tout le droit commun pour le royaume de Prusse, droit civil et droit pénal et est intitulé « Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten (A. L. R.) », A. V., *op. cit.*, p. 165 ; Raoul de la Grasserie, *Projet du Code civil allemand*, Etude générale, p. XXX.

4. Art. 926, Code civil, art. 52 C. O. S.

5. Partie gén., l. III, t. II. Des actes illicites, art. 160 ; v. aussi dans le Projet de Code civil des obligations franco-italien, art. 53.

appartenant au droit pénal par divers côtés, ne sont pas étrangères au Code civil en ce qu'elles facilitent la création et l'exécution des droits¹ ; nous nous trouvons ici encore en présence d'une institution à caractère mixte telles que celles que nous avons déjà rencontrées.

E. — Règles de procédure dans le Code civil.

203. Nous avons vu, dans nos développements précédents, que la « pureté » des règles d'un Code civil ne pouvait être obtenue qu'en principe ; qu'en pratique, les dispositions de droit public, droit commercial, droit pénal même s'entremêlent aux dispositions civiles. Si cela est vrai pour les règles de fond, il y a lieu de se demander maintenant s'il en est de même en ce qui concerne les règles de procédure : celles-ci doivent-elles faire partie d'une législation à part, ou bien peuvent-elles être placées dans les Codes spéciaux auxquels elles se réfèrent ?

Si nous interrogeons l'histoire, nous voyons que les Romains étudiaient le droit privé à un triple point de vue : celui des personnes, celui des choses et celui des actions. Cette division a été empruntée pour partie par le Code civil français : elle correspond aux droits des personnes et aux droits des choses ; quant au droit des actions, ils font l'objet du Code de procédure civile.

Il y a lieu de se demander si cette division du Code ne présente pas des dangers. Mais avant d'y arriver, essayons d'examiner l'état de fait existant en cette matière dans les différents Codes civils.

204. *Code civil français.* — Le Code civil français ne contient pas de titre spécial de procédure ; il ne consacre, en principe, que les règles de fond et abandonne

1. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 44 ; A. Vallimaresco, *op. cit.*, p. 182 et suiv. ; quant au fondement de tels droits, certains le voient « dans l'équité sociale ». V. Rapport sur le projet d'un Code des obligations et contrats, commun à la France et à l'Italie, Projet de Code des obligations et des contrats, 1927, p. XXXV.

les règles de forme à un Code spécial¹. Il convient d'ajouter immédiatement qu'il n'a pas de système bien établi en pratique ; on a, en effet, souvent signalé dans le Code civil « certaines théories importantes de procédure, comme celles de la procédure du divorce, et dans le Code de procédure civile, certaines théories importantes de droit civil, comme celles des biens répondant des dettes susceptibles d'être saisies² ».

Si nous revenons à l'étude du Code civil, nous voyons que la procédure du divorce n'est pas une institution isolée ; il en est ainsi de bien d'autres, telles que celles de l'interdiction, les formalités du partage et celles qui servent de base à la validité des testaments et des actes de l'Etat civil. Dans tous ces cas, le Code civil français aurait pu renvoyer ses règles de procédure à un Code spécial, sans que ce renvoi présentât quelques désavantages³, nous croyons même qu'on aurait, par là, débarrassé le Code civil de parties inutiles qui en alourdissent le sens et en augmentent le volume. Il en est de même pour les règles comprises dans le chap. VI, l. III, t. III : « De la preuve des obligations et de celle du paiement ».

On a cependant invoqué en sens contraire que, tout en se rattachant au Code de procédure civile, « ces principes font partie intégrante du Code civil, en ce qu'ils permettent de prouver certains faits en dehors de tout procès », en ce que de leur solution « dépend la sécurité des droits acquis⁴ ».

Nous sommes tout à fait d'accord avec cette façon de voir ; ce que nous ne pouvons cependant admettre, c'est

1. Le désir de séparer le droit civil de celui de procédure apparaît nettement lors des travaux préparatoires du Code, dans les déclarations de Cambacérès, Gary, Ray, *op. cit.*, p. 201 et notes.

2. Albert Wahl, *Précis de droit commercial*, 1922, p. 3.

3. Il y a de plus des hypothèses où ce renvoi aurait évité des confusions regrettables. Il en est ainsi notamment pour la matière du mariage où la mise à part de certaines règles se référant à la preuve aurait empêché de les confondre « avec les dispositions relatives aux nullités ». V. Saleilles, Questionnaire sur le mariage, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1907, p. 478.

4. De plus, la preuve est la condition essentielle pour que pratiquement le droit puisse avoir sa pleine efficacité. Rapport sur le projet de Code des obligations et contrats commun à la France et à l'Italie. Projet de Code des obligations et des contrats, 1927, p. CXXXIII.

que les règles de procédure fassent l'objet de deux Codes distincts ¹. On arrive ainsi à des redits et à des pertes de temps inutiles. Aussi, ce que nous demandons, c'est que la matière de la procédure soit traitée dans le Code civil ou dans le Code de procédure, mais dans l'un d'eux seulement ².

205. Code civil allemand. — Le Code civil allemand présente plus de méthode dans cette matière ; il ne contient que des dispositions de fond et exclut la totalité des règles de procédure. Ce qui facilitait pour beaucoup ce système, c'était l'existence de lois réglementaires qui précéderent la rédaction du Code civil ; il en fut ainsi, notamment, de la loi spéciale de 1870 sur « la tenue des actes de l'Etat civil », et du Code de procédure civile du 30 janvier 1877.

Aussi, l'avis de l'avant-commission, du 15 avril 1874, décidait-elle d'écarter l'ensemble des dispositions se référant à la matière de la procédure.

Ce système ne fut pas suivi totalement par le premier projet ; il contenait encore maints articles se référant à la « procédure et au concours matériel ³ ». Ces articles furent presque tous radiés du Code civil par la deuxième commission ⁴, qui prépara en même temps un projet de réforme du Code de procédure et de la loi du concours ⁵.

Il ne subsiste dans le Code civil allemand que les dispositions de procédure ayant des rapports très étroits

¹ 1. Il en est ainsi notamment en matière de preuve où les art. 14, 34-43, 119-121, etc. du Code de procédure complètent les dispositions du Code civil ; v. Gény, *Science et technique*, t. III, p. 74, note 2.

2. V. cependant H. Capitant, Rapport présenté au comité sur les modifications proposées aux articles 1316-1369 du Code civil. De la preuve des obligations, *Bull. Soc. Et. légis.*, 1919, qui déclare qu'« il serait préférable de transporter la matière tout entière dans ce Code » (p. 193).

3. Planck, *B. G. B.*, t. I, p. 18 ; v. aussi Bufnoir, Code civil allemand, *Bull. Soc. lég. comp.*, t. XVIII, p. 165.

4. C'est ainsi notamment que les articles 9-24 du premier projet, relatifs à la procédure de la déclaration de mort, ont été effacés du second projet et placés dans le Code de procédure.

5. Le Code de procédure et la loi de concours furent modifiés le 17 mai 1898, Planck, *B. G. B.*, p. 18.

avec les règles de fond et formant avec elles un seul tout.

206. *Code civil suisse.* — Nous y trouvons un plus grand nombre de dispositions de procédure que dans le Code civil allemand. Elles se réfèrent, pour la matière des obligations, soit au « droit de change » (art. 720, 812, 827, 836, 842), soit à la matière des registres du commerce (art. 859) ; pour le Code civil proprement dit, nous ne trouvons que deux dispositions générales sur la preuve (art. 8-10), plus un certain nombre sur la procédure spéciale se référant aux différentes institutions du mariage, divorce, paternité, etc... et formant un tout avec elles.

Le législateur suisse se contente de poser les principes généraux, renvoyant pour la partie réglementaire aux lois cantonales de procédure¹. Il est par là de beaucoup supérieur au système du Code civil français. Il en est de même quant aux règles qu'il établit en matière de preuves : au lieu d'en faire un chapitre spécial de la matière des obligations, il les place dans son titre préliminaire ; il les réduit à des principes généraux qu'il était nécessaire pour lui de poser après l'unification du droit civil suisse. On arrive ainsi à écarter un grand nombre de difficultés et de discussions qui interviennent dans le Code civil français².

Après avoir examiné cet état de fait, nous nous propo-

1. Il importe d'ailleurs d'ajouter que la matière du droit de procédure continue à appartenir au droit cantonal. Aussi on a critiqué — comme anti-constitutionnelle — la disposition de l'art. 10, « parce qu'elle contiendrait un empiétement au préjudice du droit qui reste aux cantons. » On a objecté cependant — avec raison, croyons-nous, — que « la preuve des obligations est intimement liée à la validité des obligations. Sans doute, au point de vue purement théorique, il est possible qu'un contrat verbal soit parfaitement valable en lui-même, bien qu'en cas de dénégation, la preuve en soit matériellement impossible. Mais cette distinction assez subtile n'a pas de valeur pratique. Qu'importe la validité d'un contrat si son existence ne peut pas être établie ? La question de preuve rentre donc plutôt dans le droit matériel que dans le droit de procédure » (A. Martin, *Observations sur les pouvoirs des juges dans le Code civil suisse*, p. 40).

2. On l'a néanmoins critiqué quelquefois, en prétendant qu'il n'avait pas « séparé suffisamment le domaine civil et le domaine de la procédure » Joseph Kohler, *Eugen Hüber und das Schweizer Zivilgesetzbuch*, *Rheinische Zeitschrift für Zivil, und Prosenrecht* V, 1913, p. 3.

sons d'examiner si la présence des règles de procédure est nécessaire dans le Code civil d'avenir.

207. Nous avons vu que « la pureté » des règles d'un Code civil qu'on invoque exige de n'y maintenir que les dispositions de fond et d'en exclure les règles de procédure présentant un caractère nettement réglementaire. La réunion de ces différentes règles, dans des Codes à part, facilite l'étude de la doctrine.

Il est souvent nécessaire d'enfermer les règles de procédure dans des lois spéciales, afin de leur permettre d'évoluer avec le temps, de subir les transformations nécessaires, sans obliger par cela même à la revision du Code civil. Les règles de procédure et celles se référant aux preuves sont plus que toutes autres en fonction de l'état de culture et du développement social. On comprend facilement que plus la vie se développe, moins elle a besoin de formes rigides pour satisfaire à tous ses besoins ; il suffit de rappeler les nombreux changements intervenus en matière de preuves de mariage, pour nous en rendre compte. Aussi, pour obtenir ce caractère plus souple, plus évolutif, est-il nécessaire d'exclure les dispositions de procédure du Code civil.

Nous croyons cependant que la distinction des règles de fond et de celles de forme est souvent factice ^{149 bis} ; comment séparer, en effet, le droit de sa forme qui, seule, lui permet quelquefois de s'affirmer. Car, nous l'avons dit, le but d'un Code est, avant tout, essentiellement pratique ; la loi n'existe que pour s'appliquer.

Même lorsque la distinction est possible en principe, son application rencontre de grandes difficultés. Toute loi contient, en effet, des règles de fond et des dispositions réglementaires ; elles se mêlent souvent d'une

1. Aussi dans les nouvelles codifications — tel que le Code civil brésilien — tout en renvoyant les règles de procédure aux lois spéciales, on les a maintenues dans le Code lorsque la forme est étroitement liée au fond, comme par exemple en matière de mariage ou d'hypothèque. V. Clovis Bevilacqua, préface au Code civil brésilien, Code civil des Etats-Unis du Brésil, Office de législation étrangère et de droit international, MDCCCXXVIII, p. XLIX.

façon si inextricable qu'il est difficile de les séparer. Comment distinguer, dans des Codes différents, les règles de fond de celles de forme, lors de la reconnaissance de la paternité, par exemple ? Les règles de procédure sont destinées à maintenir les institutions sur leur but ; on ne peut les en séparer car elles forment souvent un même tout ¹.

Il y a certes des institutions de procédure présentant un caractère purement formel ; ce sont celles qui se réfèrent à l'exercice d'une action en justice. Rien n'empêche de les transposer dans un Code à part. Quant aux autres, nous pensons qu'il vaut mieux les placer à la suite des règles de fond qu'elles sont appelées à sanctionner.

Leur réunion à part dans un code spécial peut être admise pour des raisons d'allègement, de souplesse. Mais, dans ce cas, nous croyons qu'il vaut mieux réunir toutes les règles de procédure dans un Code seulement. On éviterait ainsi des redits et des pertes de temps inutiles pour le praticien ; qu'il nous suffise de rappeler, pour nous rendre compte de la réalité de nos affirmations, que les principes de la preuve du code civil français sont complétées par les articles 14, 34, 43, art. 119-121, etc. du Code de procédure ².

Tel est ce que nous avons à dire sur la présence des règles de procédure dans le Code civil ³.

F. — Conclusion

208. Nous avons vu dans nos développements précédents que le Code civil doit contenir tout le droit privé commun ⁴ ; nous tenons à ajouter immédiatement que

1. Tel est aussi notamment le cas des titres au porteur.

2. V. Gény, *Science et technique*, t. III, p. 274, note 2.

3. V. cependant quant à la présence des règles de procédure dans les Codes civils soviétiques et quant aux difficultés qui en résultent, Champ-communal, *Le nouveau Code de famille soviétique*, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1927, p. 264.

4. V. cependant Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, 1904, p. 287 et suiv. ; l'auteur critique cette façon de codifier le droit qui fait qu'une institution est réglementée

parmi ces règles, celles qui ne sont pas arrivées à un degré de développement suffisant sont souvent placées dans des lois spéciales. Il en est ainsi notamment de la propriété littéraire et artistique, du contrat d'assurance. Même pour les autres règles, le Code civil ne doit contenir que les principes, renvoyant pour la partie réglementaire à des lois spéciales ou à des règlements. Nous reviendrons là-dessus dans nos développements qui suivront. Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet du contenu d'un Code civil.

III. — QUALITES D'UN CODE CIVIL

209. Après avoir examiné dans les sections précédentes « les Sources » et « le Contenu d'un Code », nous nous proposons d'étudier maintenant les qualités littéraires qu'il doit contenir dans sa rédaction, tant quant à la forme que quant à son plan.

On a souvent reconnu qu'un travail législatif était un travail d'art devant répondre à certaines conditions appropriées, telles que clarté, précision, intégralité, logique, pratique. Nous examinerons tour à tour chacune de celles-ci, après quoi, nous essayerons de dire dans quelles proportions elles se trouvent affirmées dans les différents Codes civils modernes. Nous consacrerons enfin une sous-section spéciale « au plan » qui est appelé à assurer le maximum de clarté, de logique et d'application pratique dans un Code.

Avant d'aller plus loin, nous tenons à relever les difficultés et même les contradictions qui paraissent naître

dans autant de Codes qu'elle présente d'aspects. Aussi demande-t-il de rédiger à l'avenir les Codes par « institutions ». Nous retrouvons cette idée chez Alfredo Colmo, *La reforma del Código civil, de la Revista de Derecho civil*, ano 1 num. 1, Buenos-Aires, 1928, qui déclare que la séparation du Code civil « du droit commercial, rural, minier, industriel, etc. ne peut plus être soutenue; les uns et les autres sont des droits de propriétés, d'obligation, de crédit ». Aussi demande-t-il de classer les codifications à l'avenir par institutions » (p. 13). Quelle que soit la valeur de ceux qui l'ont soutenu, nous croyons cependant de beaucoup supérieur le procédé employé par le Code civil suisse, qui tout en consacrant un grand nombre d'institutions nouvelles maintient à la personnalité son importance primordiale.

de ces qualités opposées : comment, en effet, les concilier et les harmoniser vers un but commun ? C'est ce que nous nous proposons de dire dans les développements qui suivront.

Nous examinerons dans une première partie les qualités de forme et de fond d'un Code ; dans une deuxième et dernière, le plan.

A. — *Qualités de forme et de fond dans un Code.*

210. Nous n'étudierons sous ce titre que les qualités de fond ayant des liens très étroits avec les conditions de forme et qui, comme telles, ne peuvent s'en distinguer facilement sans nuire à l'ensemble de notre exposé. Nous renverrons, au contraire, au chapitre suivant les qualités de fond proprement dites, telles que celles se référant au caractère spécial ou général de la loi, sur lesquelles nous tenons à insister plus amplement.

211. L'importance des qualités littéraires pour un Code a été depuis toujours reconnue ; Bentham déjà¹, tout en reconnaissant les difficultés que cela pouvait présenter, exigeait de mettre les dispositions de la loi dans le meilleur ordre possible, « de leur donner la plus grande simplicité et la plus grande clarté susceptibles² ». Si nous remontons plus haut, nous trouvons ce même besoin affirmé dans la Constitution de 1791³ et, à quelques années de distance, chez Thibaut⁴.

On perçoit ainsi comment, dans différents pays, presque à une même époque, le même principe semble s'imposer : pas de codification possible sans la réunion des qualités littéraires nécessaires pour faciliter sa com-

1. Bentham, *Œuvres*, t. I, p. 247.

2. Le décret souvent cité de la Constituante de 1790 demandait déjà des « lois claires, simples... » ; Cambacérès aussi demandait l'emploi d' « une locution facile, dont la précision et la clarté fassent tout le mérite ». Ce besoin de « simplicité » est souvent affirmé à la Convention. V. Déclarations du député Chabot, 17 juin 1799, *Archives parl.*, t. 66, p. 599.

3. ... Qui demandait « un Code clair (sihe) et simple (einfah) » ; v. aussi là-dessus Glasson, *La codification en Europe au XIX^e siècle*, *Rev. pol. et parl.*, 1894, II, p. 201.

préhension. On demandait aussi que les lois « soient disposées de manière à en écarter les doutes par la clarté, à en prévenir les exceptions par la prévoyance¹ ». Nous verrons plus tard dans quelle mesure cela était possible ; nous tenons seulement à indiquer ici combien le besoin d'assurer l'observation dans le Code, des qualités littéraires, a été profondément res-senti à la fin du XVIII^e et au XIX^e siècles.

Sans doute, l'esprit philosophique n'est pas absent², mais, ce qui semble l'emporter, c'est la conception, existant peut-être à l'état inconscient dès cette époque, que tout travail législatif est un travail d'art, exigeant la présence de qualités nécessaires qui en facilitent l'application, telles que la clarté, la précision, l'intégralité, la pratique, la logique.

212. La clarté. — C'est la première condition nécessaire à la bonne rédaction d'un Code ; aussi, la trouvons-nous affirmée dès 1789. Son sens, cependant, a profondément changé depuis ; alors que les gens de la Révolution entendaient, par là, l'état de la loi qui ne permette aucune interprétation, on y voit aujourd'hui plutôt l'absence d'obscurités, d'ambiguïtés. Nous l'avons en effet souvent dit, l'existence d'une loi prévoyant et réglant la vie dans toute sa complexité nous paraît aujourd'hui une chose impossible ; le législateur ne peut, ni ne doit, empêcher le rôle de l'interprète ; il le lui facilite seulement, soit par son langage, soit par la relation logique de ses dispositions.

Nous parlerons de la clarté du langage dans le chapitre qui s'y référera ; nous ne pouvons que rappeler ici que cette clarté ne suppose plus nécessairement l'exis-

1. Cambacérès, Discours..., Fenet, t. I, p. 140-141.

2. V. notamment Voltaire, qui avait écrit dans le Dictionnaire philosophique, v. loi (loi civile et ecclésiastique) que « toute loi soit claire, uniforme et précise... » (cité d'après H. Leroy, *La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, 1908, p. 54) ; v. aussi Gmür, *Kommentar...*, p. 19 ; v. surtout Alvarez, *op. cit.*, qui, parlant de l'individualisme, c'est la clarté du Code, y voit « l'influence de la philosophie du XVIII^e siècle » (p. 17).

tence de formules mathématiques prévoyant tous les cas qui peuvent se présenter dans la vie.

Quant à celle qui résulte de la relation logique des dispositions de la loi, elle se comprend par elle-même : notre esprit y voit « un gage d'exactitude et de sécurité ¹ ». Il faut ajouter, cependant, que la complexité de la vie rend cette clarté impossible en réalité ; aussi, a-t-on dit avec raison qu'elle est plutôt une création de l'esprit destinée à satisfaire à son besoin, qu'une expression réelle de la vie ².

Tel est ce que nous avons à dire sur la première qualité d'un Code. Par la liaison logique de ses dispositions et par le langage employé, il doit faciliter le travail de l'interprète ; il doit surtout en faciliter la compréhension à tous ceux qu'il est appelé à régir. Ce n'est qu'ainsi qu'il en assurera l'application dans les meilleures conditions possibles ³. Il importe aussi d'indiquer, avant de conclure, que la clarté résulte souvent de l'uniformité du langage et de la pensée, et surtout de l'intégralité de cette pensée dans les différentes institutions du Code ; nous examinerons cette question dans le chapitre suivant.

213. Précision. — A côté de la clarté de la loi, souvent en contradiction avec elle, apparaît une autre qualité tout aussi importante : nous voulons parler de la précision. Il importe ici encore de distinguer et d'indiquer, dès le commencement, ce que nous entendons par là. Certes, ni le juriste, ni « l'homme pratique » ne peuvent plus y voir le règlement minutieux par le législateur de toute une partie du droit ; ce que seul le législateur peut faire, le maximum de précision auquel il puisse atteindre, c'est qu'il envisage les principales situa-

1. J. Valloir, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit. Etudes de technique juridique*, 1919, p. 13.

2. R. Demogue, *Notions fondamentales du droit*, 1911, p. 11.

3. V. Picard, *Pandectes belges*, t. VI, p. LXI; Huber, *Exposé de motifs du Code civil suisse*, t. I, p. 10 et suiv.; R. de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit*, 1906, p. 417.

tions du domaine qu'il est appelé à réglementer ; il arrivera ainsi à faciliter l'interprétation.

La précision peut s'obtenir aussi par la concision du langage ; on évite ainsi les obscurités, redits, contradictions ; on peut atteindre à la brièveté des articles et de la loi en général. Or, on l'a dit avec raison : la brièveté de la loi est une condition nécessaire à sa clarté¹ ; l'exemple que nous fournit à ce point de vue le Code civil suisse est des plus probants.

Il faut ajouter immédiatement que l'excès en cette matière peut conduire à des résultats tout autres ; la trop grande condensation de la matière peut entraîner un grand défaut de clarté. On se demande alors si, avec la complexité de la vie de plus en plus grande, la précision dans la loi est même possible, si le législateur ne devra pas, pour répondre aux nouveaux besoins, faire appel à des formules générales.

Certes, la complexité de la vie élargit de plus en plus le champ de travail de la doctrine et de la jurisprudence. Cela n'empêche cependant pas la précision dans la loi ; car, le rôle du législateur est de fixer les directions principales, les points cardinaux de la nouvelle évolution ; aussi, avons-nous dit qu'il doit se contenter d'envisager les situations principales à réglementer.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet de la clarté et de la précision de la loi ; toutes deux aident, non seulement à une meilleure application et affirmation de la pensée du législateur ; en débarrassant le Code des parties inutiles ou nuisibles, elles facilitent le travail de la doctrine et de la jurisprudence.

En opposition de la clarté et de la précision de la loi, *l'incertitude* en constitue l'un des principaux défauts ; elle résulte soit du manque de précision dans l'emploi des termes, soit de la mauvaise rédaction de la loi. La mauvaise rédaction de la loi est souvent la conséquence du

1. Courtney Ilbert, *The mechanics of law making*, p. 37 ; Emile Giraud, *La crise de la démocratie*, 1925, p. 39.

manque de clarté de la pensée du législateur ou de son absence d'intégralité. Nous passons ainsi à une autre qualité du Code que nous nous proposons d'étudier maintenant.

214. *Intégralité du Code.* — Nous avons vu dans nos développements précédents que tout Code s'applique à une matière de droit déterminée, qu'il est appelé à régler ; il fixe alors dans des formules les principaux rapports de droit définitivement formés ; en les groupant suivant un certain plan, il arrive à en faciliter l'étude¹.

Le Code ne se réfère ainsi donc pas à l'ensemble des institutions existant dans la matière qu'il régit, il ne comprend que celles ayant des cadres suffisamment précis pour être à l'abri des trop grandes modifications. Pour les autres, elles n'entrent dans le Code que lorsqu'elles sont arrivées à un degré suffisamment élevé d'évolution ; il en est ainsi notamment du droit d'auteur et de l'imprévision ; ces institutions, tout en étant de droit civil, continuent à faire l'objet de législations spéciales.

On a dit cependant que, — pour être complet, — le législateur devait embrasser dans son œuvre tout le terrain où il sait qu'il y a des contestations et s'efforcer de résoudre clairement toutes les hésitations, toutes les controverses dont l'existence lui est connue² ; « seul le domaine des questions imprévues doit être laissé à la jurisprudence ». Cette conception est assez ancienne ; elle a été exprimée non seulement dans le pays de droit codifié, mais même en Angleterre : on reproche souvent dans ce dernier pays, aux Codes continentaux d'être trop concis, de ne renfermer qu'un nombre restreint

1. V. quant au besoin de l'intégralité dans la loi, Pentham, *Œuvres de Bentham*, t. III, trad. Dumont, 1840, p. 34 ; Ambroise Colin, *Gazette du Palais*, 1886, jeudi 21 octobre 1886, p. 3, col. 3.

2. Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, p. 82 ; v. aussi p. 31 et suiv.

d'articles, « de ne pas donner la solution à toutes les difficultés ¹ ».

Nous ne croyons pas que cela soit possible ni même nécessaire ; en effet, un Code qui arriverait à résoudre toutes les controverses, nécessiterait une étendue et une ampleur telles qu'il en serait fait de la simplicité de la loi. Certes, des règles trop précises ne peuvent ici être posées ; tout dépend, comme nous l'avons dit, du degré de civilisation de la nation que le nouveau Code est appelé à régir. On comprend, en effet, facilement que pour un pays tel que la Suisse, avec un passé et une conscience juridique évolués, la longueur du Code civil sera moins grande que pour un pays à niveau moins avancé.

Dans les deux cas, le législateur doit abandonner une grande part de réglementation à la coutume et à la jurisprudence ; et cela, non pas seulement pour le domaine des « questions imprévues ² » ; il ne peut essayer de résoudre toutes les contestations existantes, sous peine de succomber à sa charge. Il n'aurait même aucun intérêt à le faire, car, en prenant partie dans les matières controversées, il ne pourrait résister à l'évolution contraire de la vie. Aussi, pour être complet, il suffit que le législateur consacre les rapports de droit définitivement évolués ; il les étudiera par rapport aux faits qui leur donnent naissance et par rapport à leurs conséquences ; il ne le fera que d'une façon générale, comme nous le disions plus haut. C'est ainsi seulement que le législateur pourra arriver à renfermer dans son Code l'ensemble des institutions juridiques spéciales ayant un passé historique dans le pays où il est appelé à codifier.

On perçoit, de tout ce qui vient d'être dit, l'importance que présente pour le codificateur la détermination préa-

1. Alex. Ribot, Notice sur le dernier congrès de l'Association des Sc. soc. en Angleterre, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1874, p. 365-366. L'auteur rapporte les critiques de M. Joseph Brown, avocat et conseil de la reine (queen's counsel).

2. Roguin, *op. cit.*, p. 185.

lable à toute rédaction, des matériaux nécessaires à son travail. Pour en déterminer la quantité nécessaire et la façon de les employer, le législateur devra tenir compte d'un double intérêt : d'un côté, la nécessité d'être complet l'oblige à introduire dans son Code la totalité des institutions de droit civil s'étant imposées pendant longtemps dans le pays où il légifère, les nouvelles créations de la science nationale et de droit comparé dans la mesure souvent indiquée ; d'un autre côté, la simplicité et la précision qui doivent dominer dans le Code l'obligent à ne pas donner à son travail une trop grande étendue.

Aussi, doit-il savoir distinguer des autres les règles qui feront l'objet de lois spéciales¹. On arrivera ainsi à alléger le Code tout en lui conservant son caractère intégral.

215. Caractère pratique du Code. — Nous avons déjà trop parlé, pour y revenir, de la nécessité du caractère pratique d'un Code. Tout Code, en effet, est appelé à faciliter la compréhension du droit, il doit indiquer les règles légales applicables et en assurer, par la sanction, le respect ; aussi doit-il écarter toutes les dispositions purement théoriques, d'ordre philosophique ou autres.

1. Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse, 1904. Nous y trouvons indiqué, qu'à la suite de « la consultation des sociétés de Juristes le critère adopté est le suivant : la législation spéciale doit être préférée, pour toutes les institutions juridiques soumises à des remaniements fréquents, de même que pour celles qui exigent tout un appareil de prescriptions » (p. 7). V. aussi même sens F. Cosentini, *La réforme de la législation civile*, 1913, p. 389 ; Paul Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse, 1914, p. 61 ; H. Capitant, *Les transformations du droit civil depuis cinquante ans, Livre du Cinquantenaire*, t. I, 1923, p. 23 ; Gmür, *Kommentar des Schweiz Zivilgesetzbuch*, Band. 1, Bern, 1913. « Il était désirable que le Code civil comprît tout le droit privé, mais il fallait faire abstraction d'institutions juridiques compliquées des cantons ; à des situations tout à fait précaires de la vie moderne » (p. 14) ; v. aussi quant au grand nombre de lois réglementaires de notre époque et quant à leur distinction avec les dispositions de fond, Julien Bonnet, *Suppl. au Traité théorique et pratique de droit civil*, par G. Baudry-Lacantinerie, etc., t. I, 1924, p. 41. Cette distinction a été exagérée dans certains Codes : v. pour le Code civil des Soviets, *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, Basile Eliachevitch, etc., t. III, 1930, p. 6 et H. Capitant, *Préface, op. cit.*, t. I, p. 11 ; Saleilles, *Questionnaire sur le mariage*, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1907, p. 323 ; Larnaude, *Le Code civil et la nécessité de sa révision, Livre du Centenaire*, t. II, p. 924.

Quel que soit l'intérêt que présentent de telles règles au point de vue de l'enseignement, elles n'ont pas de place dans un travail purement pratique. Nous reviendrons, d'ailleurs, là-dessus dans le chapitre suivant.

Caractère logique. — Il est d'un incontestable intérêt pour un Code ; en effet, celui-ci a non seulement un but pratique ; il intervient souvent dans les moments de grandes confusions juridiques pour mettre en ordre les matériaux dispersés de différents côtés ¹.

Cet ordre ne peut être qu'un arrangement artificiel, logique, imposé par l'esprit du législateur ; il permet de trouver encastrées les différentes institutions juridiques, chacune à la place qui lui convient ². On comprend facilement l'importance du rôle d'un plan dans ce travail ; aussi lui avons-nous consacré une sous-section spéciale.

La valeur du caractère logique d'un Code apparaît encore à un autre point de vue. Le Code forme un tout : en groupant un ensemble d'institutions autour de quelques idées principales, le législateur le considère comme tel. Ces différentes dispositions s'éclairent et se complètent mutuellement ; aussi, ne peut-on toucher à l'une d'entre elles sans risquer de détruire l'ensemble.

Cette conception, clairement perçue par nos législateurs, pourrait avoir des conséquences très bienfaisantes ; nous savons par malheur qu'il n'en est rien jusqu'à présent.

1. Pour faciliter la connaissance des lois « il convient d'écarter soigneusement des textes législatifs, toute distinction subtile, toute inutile superfétation, toute interprétation douteuse, il faut s'efforcer... de classer les préceptes selon l'ordre logique et les déduire les uns des autres, afin qu'ils se prêtent un mutuel appui. Certes la science, la doctrine pourraient faire ces travaux ; mais ils n'auraient pas l'autorité qui s'attache à la loi » (Portalès, *Sur l'utilité de la codification*). Nous ne sommes pas tout à fait d'accord là-dessus et nous croyons que le caractère logique dans le Code a été exagéré : si nous avons cependant cité ce texte, c'est pour montrer l'importance qui lui fut accordée par les rédacteurs mêmes du Code civil.

2. Larnaude, *Les sciences juridiques et politiques*, 1916, p. 14 ; Pelime, *Philosophie du droit*, t. 1, 1844, p. 526 ; v. aussi Colmo, *Técnica legislativa del Código civil argentino*, sec. éd. Buenos-Aires, 1927, p. 136 ; Thaller, *La loi* du 28 décembre 1910, *An. de droit com.*, 1911, p. 438.

Le caractère logique d'un Code présente de grands avantages en ce qu'il facilite la recherche et empêche souvent des erreurs ; conçu d'une façon trop étroite par le législateur, il peut conduire à de grands dangers : il peut faire perdre de vue l'intérêt pratique d'un Code qui est sa raison même¹. C'est ce que nous verrons plus loin, lorsque nous parlerons du Code civil allemand.

Telles sont les qualités principales qui se rencontrent souvent dans un Code ; elles se complètent mutuellement, comme nous l'avons souvent démontré. Il en est ainsi notamment de l'arrangement logique des matières, qui rend clair l'ensemble du Code, — des rapports de la précision et de la clarté, etc.

Peut-on aller plus loin et exiger pour un Code la beauté du langage, l'uniformité des termes, la noblesse, l'élégance, etc... Certes, ces qualités sont avant tout celles d'une œuvre littéraire ; elles s'appliquent plutôt au langage. Nous sommes cependant bien loin aujourd'hui de distinguer le travail du technicien et l'œuvre d'art² ; aussi, croyons-nous, avec l'unanimité des auteurs, que la plupart de ces qualités doivent se retrouver dans un Code. C'est ce que nous verrons, d'ailleurs, en passant à l'étude que nous nous étions proposé de faire et qui portera sur le Code civil français, Code civil allemand, Code civil suisse.

216. Code civil français. — On a déjà souvent relevé la supériorité de ce Code au point de vue de la clarté de sa rédaction³ et de son plan⁴, de sa simplicité

1. L'importance de « l'esprit pratique » pour un Code est de plus en plus relevée ; on se plaint souvent que cet esprit « est encore en grande partie tout à fait théorique ; c'est là un legs funeste que lui ont fait les siècles passés » (R. de la Grasserie, *Les principes sociologiques*, 1906, p. 416).

2. Gierke, *op. cit.*, p. 582 ; Gény, *Technique législative, op. cit.*, p. 997.

3. C'est ce que constate en Angleterre Courtney Albery, lorsque comparant les lois anglaises aux Codes français, il déclare : « In England the law is ordinarily regarded as something technical, mysterious, not to be understood by the lay folk. In France, the leading provisions of the Codes have become household words ». Aussi la littérature s'en est emparée, *The mechanics of law making*, p. 175 ; Planiol, *Grande Encyclopédie*, Code civil français, t. XI, p. 792 ; Batbie, Révision du Code civil, *Revue critique de lég. et de juris.*, 1866, p. 127 ; Planiol, *Traité de droit civil*, t. I, p. 36-37.

4. Planiol, *Traité de droit civil*, t. I, pp. 36-37 ; Demogue, *Comptes ren-*

et de son élégance, de son unité, de son ordre et de sa précision, enfin, de l'ensemble de ses qualités littéraires¹ « qui en font un modèle qui n'a jamais été surpassé² ».

Aussi, sans plus insister là-dessus, et tout en reconnaissant que ses qualités originales sont le résultat du travail inconscient qui s'est accompli pendant longtemps, durant des siècles, dans l'ancien droit français et auquel a pris part l'ensemble des juristes et de la Nation, nous essayerons de déceler, après d'autres, les défauts qui déparent encore trop souvent cette œuvre.

Nous dirons à cette occasion que le Code pêche encore quelquefois par défaut de clarté, d'ordre, de logique.

Quant aux défauts de clarté, les cas sont trop connus pour que nous y insistions³ ; il suffit de citer des dispositions telles que l'article 1099, al. 1-2, sur les donations entre époux⁴, l'art. 1126, sur l'objet des contrats, l'art. 1589 en matière de la validité de la procédure de vente, l'art. 1599 en matière de vente de la chose d'autrui, l'art. 1780, al. 2, en matière de rupture du contrat de travail, etc... ; de rappeler les nombreuses difficultés d'interprétation auxquelles ils ont donné naissance, pour comprendre la vérité de nos affirmations.

En plus de ces formules équivoques, faut-il aussi rappeler les formules inutiles⁵ ou non suffisamment déve-

dus à propos d'Essais sur la structure logique du Code civil français, J. Ray, *Rev. trim. droit civil*, 1926; Planiol, *op. cit.*, p. 732.

1. H. Capitant, *Comment on fait les lois aujourd'hui*, 1917; Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, *op. cit.*, pp. 35-47.

2. H. Capitant, *op. cit.*; Kohler, *op. cit.*, p. 348.

3. Planiol, *Traité de droit civil*, t. I, p. 471; Larnaude, *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, *op. cit.*, p. 913.

4. « Il est conçu en des termes si peu précis et si équivoques que l'interprétation la plus déliée ne parvient, ni à spécifier ses sanctions, ni à en mesurer la portée d'une façon vraiment convaincante » (Gény, *Science et technique*, t. III, p. 145); Rapport présenté sur la question de révision du Code civil, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 430.

5. V. Léon Fleys, Rapport présenté sur les modifications à apporter aux sections II, III et IV du chap. II et III, Code civil, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1909, pp. 522-523; Appert, Rapport sur les obligations solidaires, Commission de révision du Code civil et Commissions réunies, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1910, p. 149; faut-il aussi citer des articles tels que 199-200, dont l'inutilité a été depuis toujours constatée ? V. aussi H. Lévy-Ullmann, Rapport sur le projet de loi portant refonte des textes relatifs à l'acquisition et à la perte de la nationalité française, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1917-1918, p. 256,

loppées¹ qu'on rencontre si souvent ? On comprend facilement que de telles dispositions puissent nuire à l'harmonie de l'ensemble ; aussi demande-t-on depuis longtemps leur radiation du Code.

Ce qui frappe quelquefois, ce sont les lacunes qu'on y rencontre ; nous les avons indiquées chemin faisant : aussi, n'y reviendrons-nous pas².

Nous tenons simplement à insister sur le manque de méthode qui s'affirme encore trop souvent ; cela est d'autant plus important de noter que l'unanimité des auteurs est d'accord pour reconnaître que d'une façon générale, « la répartition des matières est claire et commode³ ». Ce manque apparaît, tant dans la disproportion existant entre les livres III, I et II, que dans la place accordée aux dispositions de la preuve, du louage d'ouvrage, du contrat de mariage, du passif héréditaire.

a. La disproportion entre les livres III, I et II a été souvent relevée ; nous verrons plus loin quelles en sont les raisons historiques et les conséquences. Nous tenons simplement à le rappeler ici comme un des défauts les plus connus du Code civil français.

b. Il en est de même des dispositions se référant à la preuve que le législateur de 1804 place au livre III, t. III, chap. VI : « De la preuve des obligations et du paiement » dans la matière des obligations. Cette matière contient un certain nombre de dispositions de fond qui n'ont aucun rapport avec les questions de preuve.

On a, ici encore, souvent relevé les inconvénients qui résultent et les discussions qui naissent à chaque instant, lorsqu'il s'agit de savoir si ces dispositions peuvent être étendues à d'autres matières qu'à celles des obligations.

1. V. quant à l'insuffisance des art. 724, 767, Faudouin, Questionnaire servant de base aux travaux de la 4^e sous-commission, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1907, pp. 1 et 3 ; v. aussi quant à de telles institutions, Thaller, Rapport présenté sur la question de révision du Code civil, *Full. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 490.

2. V. cependant quant à l'insuffisance de sa technique juridique, Morin, Crise de la loi et du contrat, *Bull. Soc. française de philosophie*, séance du 27 décembre 1924, pp. 115-116.

3. Batbie, *op. cit.*, pp. 529-530, 531-534.

On a de plus prouvé qu'en conférant cette place à la matière de la preuve, les rédacteurs du Code civil français ne faisaient que suivre le *Traité des obligations*, de Pothier, sans se rendre compte que ce traité ne portait que sur la matière des obligations et non sur tout le droit civil ; aussi, a-t-on souvent demandé de replacer la matière des preuves dans l'introduction ou dans une partie générale placée au commencement du Code.

c. Ce sont les mêmes considérations historiques qui expliquent la place accordée au « louage d'ouvrage » et au « contrat de mariage ». On a déjà souvent insisté sur le louage d'ouvrage, aussi suffit-il de renvoyer à ce qui a été dit¹.

La place accordée au contrat de mariage dans le livre III, matière des contrats, a aussi une raison toute historique ; Domat déjà y voyait une espèce de contrat². Quelques auteurs, encore aujourd'hui, insistent sur la nécessité de distinguer les formes du mariage, du contrat pécuniaire qui, tout en étant souvent la suite, conserve son caractère purement conventionnel (art. 1387).

Sans doute les dispositions se référant au mariage proprement dit et celles du contrat pécuniaire ont une nature tout autre, puisque, dans le premier cas, le législateur ne permet pas d'y déroger ; l'influence qu'exerce le mariage sur ce contrat, l'intérêt considérable que présente souvent le dernier pour les deux époux et pour la famille à naître, créent néanmoins des liens trop profonds entre eux, pour pouvoir les étudier à part. Aussi, croyons-nous que le système suivi par la plupart des Codes étrangers et qui consiste à placer le contrat de mariage à la suite du mariage lui-même, est de beaucoup supérieur au point de vue de la méthode suivie ; c'est ce

1. V. notamment Ambroise Colin, Rapport présenté à la 6^e sous-commission, Contrats spéciaux, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, pp. 447-448.

2. V. aussi quant à Dumoulin, Larnaude, le régime légal des étrangers mariés en France, *Bull. Soc. Et. lég.*, séance du 9 juin 1909, pp. 463-464.

que constate d'ailleurs la majorité des auteurs français aujourd'hui¹.

d. Ce manque de méthode apparaît encore en ce qui concerne les dispositions se référant au passif héréditaire ; très nombreuses, elles sont disséminées sous des titres souvent différents ; aussi, « sont-elles loin de former un tout coordonné avec une méthode rigoureuse² ».

Nous terminons ainsi ce que nous avions à dire sur les qualités et les défauts du Code civil français ; si nous avons surtout insisté sur ces dernières, c'est qu'elles déparent trop souvent la supériorité incontestable de ce travail.

217. *Code civil allemand.* — La supériorité du Code civil allemand au point de vue de son intégralité et de sa méthode a été souvent relevée.

Nous avons vu, en effet, dans nos développements précédents, le grand nombre d'institutions nouvelles qui y sont réglementées ; cela s'explique par l'apparition tardive du Code civil allemand et par le grand développement du droit durant le dernier siècle.

Le désir du législateur allemand d'être complet n'apparaît pas seulement dans le nombre d'institutions nouvelles consacrées par lui ; il se manifeste aussi dans la façon toute nouvelle dont ses institutions sont traitées. Le législateur allemand a voulu prévoir le plus grand nombre de cas possible, afin d'éviter l'arbitrage du juge ; de là, une réglementation minutieuse qui n'a pu ne pas avoir, comme nous le verrons bientôt, ses conséquences sur la clarté du Code.

La supériorité de la méthode du Code civil allemand apparaît tant en matière de *preuves* que de *contrat de travail* ou de *mariage*.

1. Aussi le projet de Code franco-italien des obligations et contrats l'a-t-il exclu : « l'étroite connexion avec l'institution du mariage conduit à en insérer les règles dans la partie du Code qui y est consacrée... » Rapport sur le projet d'un Code des obligations et contrats communs à la France et à l'Italie, p. CXXXI ; v. note 174.

2. Massigli, Projet de loi sur le règlement du passif héréditaire, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1910, p. 289 ; v. aussi d'autres exemples, *Batbie, op. cit.*, p. 162.

a. Les dispositions que le législateur civil allemand consacre à la preuve sont placées dans la partie générale du Code ; on évite ainsi les discussions et les difficultés rencontrées dans le Code civil français.

b. Le contrat de mariage est encadré à la place naturelle qu'il doit avoir dans le Code civil, à la suite du mariage proprement dit.

c. Le législateur allemand considère enfin le contrat de travail comme un contrat spécial, ayant ses règles propres.

La supériorité de la méthode du Code civil allemand apparaît encore dans le plan suivi et dans la partie générale qu'il consacre ; c'est ce que nous verrons dans la sous-section qui se référera au plan.

Il importe aussi d'ajouter que l'intégralité de pensée du législateur y est souvent plus affirmée ; c'est ainsi que le Code civil allemand traite de l' « acte bilatéral » à la suite de l' « acte unilatéral de volonté », des personnes juridiques à la suite des personnes naturelles, ce qui ne peut que présenter des avantages au point de vue logique.

Quelle que soit la supériorité du Code civil allemand au point de vue de la méthode poursuivie, des lacunes continuent à subsister ; on a relevé, en effet, avec raison, que le B. G. B. traite de la nullité des actes juridiques « à propos seulement des obligations » et non « à l'égard de tous les actes juridiques » ; qu'il traite de la cession des droits de créance « en connexion avec la vente, comme si elle n'avait pas de rapports avec la donation, avec la *datio in solutum*, avec le legs¹ ». Ces lacunes ne détruisent pas l'harmonie de l'ensemble ; aussi la valeur du classement logique dans le Code civil allemand a-t-elle été souvent indiquée.

On a déjà souvent relevé que le désir d'être complet et le caractère logique du Code civil allemand lui ont fait perdre, pour partie au moins, son caractère prati-

1. Carl Crome, *Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français. Livre du Centenaire*, t. II, 1904, p. 591.

que ; ce trait apparaissait surtout dans le premier projet du B. G. B. ; il se maintient cependant même dans le deuxième. Il résulte souvent du manque de clarté dans l'exposé des idées et surtout dans les formules, « maximes remplies d'incidentes¹ ». Il importe d'ajouter immédiatement que si le langage du Code civil allemand n'est pas beau, il est en tout cas beaucoup plus correct et précis que celui du législateur français.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet des qualités et défauts du Code civil allemand ; ce qui domine, c'est son caractère logique, sa recherche du complet ; de là, un ensemble compliqué, quelquefois obscur, qui n'a été que trop souvent relevé ; de là aussi, l'absence de tout caractère pratique. Ce dernier défaut, peut-on dire, est le principal défaut du B. G. B. ; il résulte quelquefois du manque de clarté dans l'expression.

218. Code civil suisse. — Le Code civil suisse présente un grand intérêt pour notre matière ; nous y trouvons en effet réuni, à un degré plus élevé que partout ailleurs, l'ensemble des qualités de fond et de forme nécessaires à un Code.

Il est *complet*, parce que le législateur suisse a compris que tout Code civil, pour pouvoir s'imposer, doit contenir l'ensemble des institutions juridiques s'étant développées sur un même territoire².

Quelle que soit l'importance des institutions nouvellement consacrées, le Code civil suisse maintient son caractère concis ; il y voit l'idéal « de toute législation populaire ». Ce caractère est assuré par l'importance accordée « à la distribution systématique des matières »,

1. V. Saleilles, *Introduction à l'étude du Droit civil allemand*, 1904, p. 119 ; Raoul de la Grasserie, *Projet de Code civil allemand*, p. VIII.

2. Parlant des dispositions réglementaires qui devaient être exclues du Code de loi, le législateur suisse constate qu'« en opérant ces éliminations, il ne faut pas perdre de vue qu'elles sont en définitive contradictoires à l'œuvre même de codification. Elles ne se justifient qu'exceptionnellement et il est prudent de rejeter toutes celles qui ne sont pas indiscutables » (Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le Code civil suisse, 1904, p. 7).

par la brièveté des articles¹ ; de là résulte la clarté de son langage et de sa rédaction qui constitue un véritable « chef-d'œuvre littéraire ».

Par sa clarté et sa simplicité, le Code civil suisse apparaît comme un travail essentiellement pratique : cela en fait sa force et en étendra sa durée.

Il serait sans doute très intéressant d'insister sur l'ensemble de ces qualités ; nous ne le ferons cependant pas, car nous ne pourrions que répéter ce qui a été si souvent dit là-dessus². Aussi, nous contenterons-nous de rappeler sa simplicité, sa souplesse, la large directive qu'il trace à la jurisprudence.

On a souvent critiqué cette simplicité en prétendant qu'elle était « excessive » ; le législateur doit tenir compte, ajoutait-on, de la complexité de la vie et « admettre certaines distinctions nécessaires³ ».

Nous ne croyons pas que ce reproche soit vraiment fondé ; nous avons vu, en effet, au cours de nos développements passés, le nombre d'institutions nouvelles réglementées par le législateur suisse et les nombreuses distinctions établies à cette occasion. Qu'il nous suffise de rappeler, pour nous en rendre compte, les nombreuses sûretés existant en Suisse et dont nous avons parlé dans le chapitre : « le Facteur économique dans le Code ».

Comment pouvoir, dès lors, affirmer que la simplicité du Code a été obtenue par le « manque de distinctions » ? Nous croyons au contraire que la raison doit être cherchée dans le langage populaire de ce Code et dans le plan qui a été inconsciemment suivi.

1. Par le soin de ne régler dans la loi que les points essentiels et de recourir pour le reste aux ordonnances d'exécution (message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant le Projet de loi destinée à compléter le Code civil suisse, p. 4, 10).

2. Eug. Gaudemet, *Les codifications récentes et la révision du Code civil*, *Livre du Centenaire*, t. II, 1904, p. 978 ; Leroy, L'avant-projet du Code civil suisse, *Revue de Paris*, 1^{er} décembre 1902, p. 640 ; v. aussi Robert Guex, *Le droit civil en Suisse*, 1869-1919, *Livre du Cinquantenaire*, t. I, 1923, p. 551.

3. Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit*, 1906, p. 417.

218. Il résulte de l'ensemble de nos développements que des qualités telles que la simplicité, la clarté, la précision, l'intégralité, la logique et le caractère pratique, sont d'une importance primordiale pour un Code ; elles lui facilitent sa fonction qui est avant tout de mise en ordre, d'expression et d'application du droit. Ce sont elles qui ont assuré la durée du Code civil français ; c'est d'elles que dépendra demain la viabilité du travail entrepris. Aussi, a-t-on pu dire avec raison, en affirmant la supériorité de la forme sur le fond, que « la prospérité d'un peuple ... peut dépendre de la sécurité de son droit et surtout de sa plasticité, de sa souplesse et encore de sa pénétrabilité ».

B. — *Plan.*

219. Nous avons dit que le plan est destiné à assurer le maximum de clarté dans la rédaction du Code ; en ce qu'il permet de classer les matières de droit suivant certains points directeurs pris comme base, en ce qu'il facilite la recherche en définissant les institutions par leur régime juridique. Il en est ainsi, notamment, pour le droit de famille dans le Code suisse ; le Code le définit en traitant successivement du mariage, du régime matrimonial, des parents, de l'enfance naturelle et légitime, de la tutelle des biens de famille.

Telle est l'importance du plan dans la rédaction d'un Code¹. Ce travail, plus que tout autre, « est une méthode destinée à régler les rapports des individus vivant en société » ; il a pour but, non pas tant d'innover, que de consolider et de coordonner. Aussi le plan

1. Aussi a-t-on pu dire avec raison, qu'« en matière de méthodologie on ne peut légiférer seulement avec des articles, mais avec des plans logiques dans lesquels le sens des institutions dans leur ensemble isolé et en détail est bien homogène et complet » (Alfredo Colmo, *Tecnica legislativa del código civil Argentino*, reg. éd. Buenos-Aires, 1927, n° 85, p. 184 ; P. I ic, Une loi de façade. Le Nouveau Code du travail, *Questions pratiques*, 1911, p. 15 ; Gierke, *op. cit.*, p. 82.

y joue-t-il un rôle bien plus important que dans une simple loi ¹.

Pour pouvoir être parfait, il doit se fonder sur la nature propre et distincte du droit, et avoir constamment en vue le but poursuivi par le Code ; or, il faut reconnaître que cet ordre idéal n'a pas encore été atteint : souvent encore les droits réels s'entremêlent, dans les différents Codes, au droit des obligations.

Quant à la nature des différents plans, elle peut varier suivant que c'est le côté scientifique ou pratique qui l'emporte. On connaît les nombreuses discussions existant à ce point de vue, et portant sur la question de savoir si l'ordre de la loi doit être ou non celui suivi par les ouvrages scientifiques.

On a dit quelquefois que l'ordre suivi doit être celui généralement admis par la science, si celle-ci « est arrivée à un système général ² ».

Quant à nous, nous croyons que l'ordre de la loi doit tendre avant tout à un but essentiellement pratique ; tout Code n'existe, avons-nous souvent dit, que pour faciliter l'application du droit. Aussi, tout système qui arriverait à assurer cette application devrait être admis ; peu importe son caractère scientifique ou non, car nous ne nous trouvons pas en matière doctrinale, scientifique, mais en matière de codification.

Certes, tout « système de plan » présente, à un certain sens, un caractère théorique, en ce qu'il répond à certaines idées et est plus ou moins la création artificielle du législateur ; mais plus ce système sera simple, conforme à la vie, plus facilement trouvera-t-il son appli-

1. Il en est à plus forte raison ainsi par rapport à la coutume. Ce qui caractérise la codification c'est « l'idée d'un groupement systématique et d'un traitement d'ensemble de certaines matières » (Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, p. 196). V. aussi même sens Géný, *Méthodes d'interprétation*, t. I, 1919, p. 110 ; v. surtout bibliographie citée par l'auteur, *loc. cit.* V. aussi *op. cit.*, p. 22, où Géný constate que « le phénomène de la codification... n'apparaît pas comme autre chose qu'une opération de pure forme, de simplification et de classement » : Stuart Mill, *Le gouvernement représentatif*, trad. par Dupont-White, Paris, 1862 ; Codification, *Grande Encyclopédie*, t. XI, p. 812.

2. Rudolf Bierling, *op. cit.*, p. 449, note 12.

cation. Il en sera tout autrement pour celui basé sur des déductions théoriques ; même admis par la majorité des auteurs, un tel système est toujours insuffisant ; il peut perdre facilement de sa valeur et devenir objet de discussions.

220. La première question qui se pose quant au contenu du plan, est celle de savoir si toute codification doit avoir une *partie générale*.

La nécessité d'une partie générale dans le Code a été souvent soutenue ; l'intérêt pratique tout autant que le besoin logique exigent en effet d'y réunir un ensemble d'institutions trouvant des applications multiples dans le Code. Il en est ainsi notamment de la matière « de la condition », du « terme », qui interviennent non seulement en matière d'obligations, mais aussi en celles de famille, de successions, de patrimoine. Pourquoi, dès lors, traiter ces matières dans différents chapitres et ne pas les réunir plutôt dans une partie générale ? Cela paraît, en effet, beaucoup plus logique et facilite la méthode du Code. En dehors et en plus de ces questions de méthode, on en a invoqué d'autres, de « style juridique ». On pose, dans la partie générale, a-t-on dit, « les assises de tous les phénomènes susceptibles de se représenter, pour ne pas être obligé de développer à nouveau les principes à propos de chaque point de détail ; l'intelligence y gagne et on épargne du temps et de la peine. C'est ce qui fait qu'à richesse égale de contenu, nos livres sont beaucoup plus concis ¹. »

Les arguments invoqués nous paraissent, certes, des plus intéressants. Il nous semble, cependant, que ce qui devrait être prouvé, c'est que ces institutions se répètent non pas sous différents titres, mais que leur rôle continue à rester partout pareil ; or, il suffit de rappeler la fonction toute différente de la condition, par exemple, en

1. Carl Crome, *Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français*, Livre du Centenaire, t. II, p. 592 ; V. quant à son contenu, H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil...*, 1922, p. XV.

matière de conventions et de donations, pour comprendre qu'il n'en est rien.

Même alors, on pourrait, — nous l'avons dit nous-même plus haut à propos de la preuve, — placer dans cette partie les règles générales sur ces différentes institutions, et n'indiquer ensuite dans les chapitres que les exceptions et les applications spéciales.

Nous sommes aussi complètement d'accord sur les raisons de « style » qui militeraient en faveur de ce système : c'est en effet parce que nous avons considéré le plan comme « une question de style », que nous avons classé les développements qui s'y réfèrent dans la section sur les qualités littéraires d'un Code.

Il importe d'ajouter immédiatement que des arguments tout aussi forts militent en faveur de la thèse contraire. On arrive souvent « à découper » une même institution en deux tranchants, pour en placer l'un dans la partie générale et abandonner l'autre aux dispositions spéciales. On aboutit ainsi quelquefois à de véritables contradictions.

Le désir de n'y placer que des dispositions tout à fait générales conduit quelquefois à abuser de la méthode déductive, à faire de la partie générale un ensemble de notions abstraites où toute continuité avec la vie réelle est absente ; de là un véritable danger. Il est d'autant plus important que le législateur se croit souvent obligé de prendre partie sur un grand nombre de questions qu'il vaut mieux abandonner au pouvoir évolutif de la science. Car le Code a un caractère purement pratique et toutes dispositions théoriques y doivent être exclues.

Aussi, tout en reconnaissant la nécessité d'une partie générale pour les institutions à applications multiples dans le Code, nous demandons que cette partie ne contienne pas des notions purement théoriques, qu'elle ne s'applique qu'à des règles toutes générales, telles que celles qui se réfèrent à la preuve, à la condition, etc..., et qu'elle évite de « scinder » des questions qui gagneraient à être maintenues ensemble.

Une telle partie générale ne présenterait pas le caractère d'une œuvre doctrinale ; elle ne pourrait donc pas arrêter la science juridique et embarrasser l'évolution de la doctrine. Ce système semble avoir été suivi par les toutes dernières législations. Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la partie générale dans un Code.

221. Nous avons déjà indiqué que toute distinction dans le plan doit correspondre à une différenciation interne dans le droit. Or, comme le Code civil comprend le droit des personnes dans leurs rapports entre elles et dans leurs pouvoirs sur les choses, il y a lieu de se demander si la matière des personnes, des obligations, des choses, ne doivent pas faire l'objet de titres distincts.

Quant au droit des personnes, le droit civil français lui consacre un livre spécial (I. I). Il le confond cependant avec le droit de famille : il y comprend, en effet, non seulement « la jouissance et la privation des droits civils », « les actes de l'état civil », « le domicile », « les absents », mais aussi le mariage, le divorce, la paternité, etc... De plus, il ne traite que des personnes physiques et ignore complètement les personnes juridiques. Aussi trouvons-nous supérieur le système suisse qui consacre deux livres distincts et successifs au droit des personnes et de famille (I. I et II) ; les liens étroits qui existent entre ces divers droits expliquent ce rapprochement. Leur séparation dans des livres spéciaux est cependant nécessaire, non seulement au point de vue du style, mais aussi de celui de la méthode suivie ; elle facilite leur étude en favorisant la conception d'un tout unitaire existant en matière de personnes. Ce livre doit comprendre, en effet, les dispositions touchant les conditions, les éléments, le début et la fin de la personnalité.

Nous ne voyons pas ce que la plupart de ces questions peuvent avoir de plus général que le droit des choses par exemple ; aussi ne comprenons-nous pas que différentes législations renvoient la matière de la personnalité à une partie générale et ne lui consacre pas des

dispositions spéciales¹. Le système contraire qui consacrerait cette matière dans la partie spéciale du Code civil nous paraîtrait de beaucoup supérieur. Il ne faut, en effet, abandonner à la partie générale que les dispositions juridiques trouvant leurs applications dans les différentes parties du Code ; on arriverait ainsi à limiter cette partie aux dispositions essentiellement générales. L'attribution d'une partie spéciale à la matière de la personnalité serait d'ailleurs conforme à la tradition historique².

Il en est de même pour la matière des choses. Nous croyons ici encore que tout Code civil doit distinguer entre le droit des choses et les biens ; alors que les seconds peuvent faire l'objet de la partie générale, des dispositions spéciales doivent être consacrées au droit des choses. Ces règles présentent, en effet, un caractère essentiellement spécial. Cette distinction empêche toutes confusions existant dans certains Codes entre le droit et l'objet sur lequel il porte. Cela est d'autant plus intéressant à noter que l'apparition du droit d'auteur rend de plus en plus nécessaire la conception purement idéale du droit de propriété. C'est ce que la plupart des législations modernes ont compris ; aussi, distinguent-elles les biens du droit des choses.

Le droit des choses doit être aussi séparé du droit des obligations. Cette distinction est traditionnelle ; elle correspond à la classification romaine des actions « *in rem et in personam* » ; elle est fondée sur le contenu et l'objet des droits. Aussi est-elle unanimement admise aujourd'hui. L'intérêt que présente cette distinction au point de vue pratique est indiscutable ; nous avons vu, en effet, souvent que la matière des affaires est sujette à des transformations plus vives que le reste du Code civil ; de plus, l'unification du droit peut seul ici s'effectuer d'une façon rapide.

1. V. même sens Gierke, *op. cit.*, qui constate que « la partie générale pourrait se contenter de désigner les sujets de droit privé » (p. 84).

2. V. même sens Neumann Auguste, *op. cit.*, qui constate sa présence chez Gains et dans les ouvrages de la doctrine allemande, pp. 21-23.

Telle est la raison d'un plan dans un Code civil : il doit indiquer par ses titres, les arêtes vives du droit ; il facilite ainsi les recherches et la connaissance de celui-ci.

Nous tenons à ajouter immédiatement que quelque bonne que soit la division adoptée par un plan, une distinction trop précise et des cadres trop « purs » sont toujours impossibles ; en effet, la matière de la personnalité, des obligations et des droits réels se mélange souvent d'une façon inextricable. Tout système paraît aujourd'hui insuffisant ; ce qu'il faut, c'est qu'il soit le meilleur possible ; pour cela, il doit présenter un caractère non seulement logique, mais simple. La simplicité est, en effet, l'un des caractères principaux d'un plan.

222. Nous tenons à dire maintenant quelques mots sur la place des dispositions de droit international privé et droit d'auteur dans le Code civil :

a) *Dispositions de droit international privé.* — La place de ces dispositions dans le Code civil s'explique, la plupart du temps, par les habitudes propres aux différentes nations : c'est ainsi que le Code civil français paraît, — selon la majorité des auteurs, — leur accorder un caractère tout spécial, que le législateur allemand, au contraire, les réunit dans la loi d'introduction, que le Code civil brésilien les place dans son introduction. Nous croyons que le meilleur système est celui qui place les dispositions de droit international privé à la suite de celles de droit civil, car, comme nous l'avons déjà dit, elles sont souvent appelées à compléter ces dernières.

b) *Droit d'auteur.* — Sans nous arrêter à la question de savoir si ce droit a un caractère « *suis generis* » distinct du droit du patrimoine et de la personnalité¹,

1. V. Picard, *Le droit pur...*, 1914 qui, parlant de la difficulté qu'eut cette notion à s'imposer, l'explique pour partie, par l'impossibilité où l'on se trouvait « de faire entrer ces droits dans une des trois catégories courantes ». L'auteur s'élève contre l'assimilation de ce droit à la propriété dont il se distingue et « par sa nature » et « par son origine » (p. 92 et s.). V. aussi Hölder, *Kommentar des B. G. B.*, t. I, p. 61.

nous croyons au contraire, comme nous l'avons d'ailleurs déjà dit, que nous nous trouvons en présence d'une forme nouvelle de la propriété. Aussi croyons-nous qu'il faut le placer à la suite du droit de propriété lui-même ; c'est ce que le Code civil brésilien a d'ailleurs déjà fait.

223. Code civil français. — L'origine romaine du Code civil français, quant à son plan, est déjà trop connue pour que nous nous y arrêtions ; on sait, en effet, que ce furent les Instituts de Justinien, à la suite des Instituts de Gaius, qui fournirent aux législateurs de 1804 la division du Code civil¹. C'est elles qui expliquent, pour partie au moins, son caractère essentiellement pratique : les Instituts constituaient des livres d'école d'où tout caractère théorique était banni ; de là, l'absence d'une partie générale pour les dispositions générales à applications multiples. Nous verrons plus tard les avantages et difficultés qui résultent de cette absence ; nous tenons d'abord à insister sur les défauts de division du Code civil français.

Le Code civil français contient, en effet, trois livres, qu'il consacre successivement : aux personnes, aux biens, enfin « aux différentes manières dont on acquiert la propriété ».

Il importe de noter d'abord les grandes disproportions qui existent entre le dernier livre et les deux premiers : « le livre III est à lui tout seul plus de deux fois aussi long que les autres réunis : il compte 1571 articles² ». Nous y trouvons, de plus, réunies un grand nombre de matières n'ayant aucun rapport entre elles, telle que la matière des successions, celle des obligations.

1. V. cependant Ray, *op. cit.*, p. 197, rôle de Domat dans l'acceptation de ce plan. V. quant à l'influence des ordonnances du XVII et XVIII sur le plan des subdivisions du Code civil français, *op. cit.*, p. 198 ; quant à l'influence de Bourjon, *op. cit.*, p. 208.

2. V. là-dessus déclarations Malleville rapportées par Ray, *op. cit.*, p. 207 et note 1 ; H. Planiol, *Traité de droit civil*, t. I, p. 33 ; v. aussi A. Colmo, *op. cit.*, qui trouve que « le livre III est une mosaïque de choses disparates, caractérisées par les significations les moins correctes en plusieurs endroits » (p. 141).

Cette « disproportion » et cet « entassement » ont été souvent relevés comme un caractère illogique du Code civil français. Nous sommes tout à fait d'accord avec cette façon de voir ; on ne perçoit pas, en effet, les raisons de nature et de contenu de ces différents droits, qui auraient poussé à ce rapprochement.

En considérant la matière des obligations comme un des modes d'acquérir la propriété, on la dénature, on méconnaît le rôle important qu'elle est appelée à jouer en matière de droit civil et qui oblige de la traiter sous un titre spécial¹.

Il est de plus certain que pour faciliter la compréhension de la loi, il est nécessaire de réunir extérieurement les mêmes matières. Comment dès lors admettre le système suivi par le Code civil² ? Nous avons dit aussi que le rôle du plan d'un Code est de définir par ses grandes divisions les institutions dont il traite ; nous pourrions en dire autant pour le droit civil en général. Comment peut-on alors réduire le Code civil à l'étude des personnes et des biens ?

Telles sont cependant les conséquences immédiates, pratiques, qui résultent de cette division ; nous ne pouvons les admettre car le droit des obligations est appelé à prendre de jour en jour plus d'importance tant par suite de l'unification que par l'unité établie en cette matière.

Ce système pêche encore par l'absence d'un livre spécial consacré au droit de famille. Nous croyons, comme nous l'avons dit plus haut, que cette matière devrait se distinguer de celle des personnes : elles ont, en effet, un domaine distinct. L'évolution du droit en matière de

1. H. Capitant, *Introduction à l'étude du Code civil français*, 1922, p. XI ; v. là-dessus Raoul de la Grasserie, Révision du Code civil, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, séance du 27 octobre 1904, p. 47 ; Raoul de la Grasserie, *Projet de Code civil allemand*, p. XIX ; Eugène Gaudemet, *Les codifications récentes et la révision du Code civil*, *Livre du Centenaire*, t. II, p. 979.

2. Doit-on encore rappeler que le Code civil traite du transfert de créances à propos de la vente, qu'il réunit deux institutions aussi différentes par « leurs conditions », « leur but » et « leurs caractères », que la prescription acquisitive et la prescription extinctive...

personnes est d'ailleurs dans le sens de nos affirmations. En effet, en plaçant à côté des règles sur les personnes physiques, des dispositions consacrées aux personnes juridiques, en développant de plus en plus les droits moraux de la personnalité, le législateur a marqué les nouvelles tendances existant en cette matière.

Ce sont ces mêmes considérations de nature qui nous font demander un livre spécial en matière de successions. Certes, le droit de succession est étroitement lié au droit de famille ; certains auteurs définissent même la famille, non seulement par le mariage, mais aussi par le droit de successions. L'apparition et le développement des fondations par voie de legs, les rapports étroits et cependant distincts existant entre le droit de patrimoine et le droit de succession, enfin l'intervention de plus en plus fréquente de l'Etat en cette matière nous semble exiger la présence d'un droit distinct.

A côté et en plus de ces défauts de division, on a souvent critiqué dans le Code civil l'absence d'une partie générale¹. Il faut reconnaître, dès le commencement, la véracité de cette critique : c'est, en effet, l'absence d'une partie générale qui explique pour beaucoup le mauvais encastrement d'un grand nombre d'institutions, telles que celles se référant à la preuve dans la matière des obligations, à la cession dans la matière de la vente. Or, le caractère général de ces dispositions aurait exigé leur mise à part au commencement du Code ; on aurait ainsi évité un grand nombre de difficultés.

Tels sont les principaux défauts de plan du Code civil². Quelle que soit leur importance, il importe d'ajouter qu'il ne faut pas trop les exagérer ; ils appa-

1. On l'a remplacé par un titre préliminaire contenant six art., v. quant au besoin pour ce titre de ne contenir que « les dispositions impératives... sur la publication, les effets et l'abrogation des lois », *Observations du tribunal de Lyon*, Fenet, t. IV, p. 36.

2. Voir aussi Planiol, *Grande Encyclopédie*, op. cit., p. 788, col. 3; col. 1, p. 792; G. Rousset, *Codification*, *Rev. crit. de lég. et de jur.*, 1856, p. 339; H. Capitant, *Introduction...*, p. XVII; Thaller, Rapport présenté sur la question de révision du Code civil, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 430; Ambroise Colin, *Gazette du Palais*, jeudi 21 oct. 1886, p. 3, col. 3; Raoul de la Grasserie, projet de Code civil allemand, pp. XVIII-XIX.

raissent surtout dans les ouvrages théoriques qui suivent quelquefois la méthode du Code civil français¹ ; ils le sont moins dans un travail purement pratique et où la division, — comme d'ailleurs la forme en général, — est plutôt inconsciente que formellement voulue. Il faut aussi ajouter que ce plan, manquant de dispositions théoriques, a un caractère essentiellement pratique ; il est entré dans nos mœurs et son écartement dans l'avenir présenterait sûrement plus de difficultés que d'avantages².

224. Code civil allemand. — L'étude du Code civil allemand présente ici encore un caractère tout différent de celui rencontré dans le Code civil français ; alors que l'influence des Instituts avait imprimé au Code civil français un caractère nettement pratique, le droit des Pandectes offre au législateur allemand un plan théorique.

Employé d'abord pour l'exposition du droit romain, ce système devait passer dans le Code civil allemand : il distingue à côté du droit des choses, le droit de famille et des successions. Le droit des obligations apparaît, dès lors, non plus comme un complément du droit des choses, mais comme une matière propre ayant ses règles spéciales. Quant à la cause originale de cette distinction, certains l'ont vue dans le droit romain³ ; sans

1. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1922, p. XI ; v. aussi l'arrêté de 1895, en matière d'enseignement supérieur, établissant un plan assez souple, conforme « à la méthode suivie depuis de longues années en Allemagne pour l'exposition du droit romain et la législation actuelle » (H. Capitant, *op. cit.*, p. XI).

2. Aussi la subdivision établie en matière d'obligations et de contrats a été presque totalement maintenue par le projet de Code franco-italien des obligations et des contrats. V. Rapport sur le projet d'un Code des Obligations et contrats communs à la France et à l'Italie. *Projet de Code des Obligations et des contrats*, 192, p. XLI. V. cependant améliorations intervenues en matière de « prescription extinctive » et de « transport des créances », *op. cit.*, p. XLIII ; v. aussi pour autres améliorations, p. XLV et s.

3. Bufnoir, *Code civil allemand*, *Bull. Soc. lég. comp.*, t. XVIII, p. 144 ; Hölder, *Kommentar des B. G. B.*, t. I, p. 60 ; Gierke, *op. cit.*, qui déclare : « Le système du projet est celui des Pandectes... L'ordre diffère des Pandectes, par le fait que le droit des obligations se trouve avant le droit des choses. La répartition des matières suit la composition des Pandectes » (p. 81). Aussi, « partout les défauts du système reposent sur l'horizon étroit dans lequel le projet reste enfermé à la suite de l'identification du droit privé commun avec le droit des Pandectes » (p. 95) ; Auguste Neumann, *Observa-*

nous arrêter sur cette question, qui est sans doute en dehors de notre ouvrage, nous tenons simplement à relever que la distinction entre les droits des obligations et les droits réels est nettement fixée dans le Code.

On n'y rencontre plus la disproportion existant entre les différents livres du Code civil français ; par là, la nouvelle législation est de beaucoup supérieure à celles qui l'ont précédée.

Il en est de même quant aux règles qu'elle consacre à la partie générale. Les raisons qui légitiment de telles dispositions ont été nettement établies par Savigny lui-même : « Tout ce qui traitera d'une pluralité de droits ou de rapports juridiques sera disposé à cette place pour éviter les répétitions inutiles. En groupant ensemble ces généralités, on arrivera ... à mieux connaître les rapports qui existent entre elles ¹. »

Nous sommes tout à fait d'accord avec cette façon de voir. La partie générale d'un Code a surtout un rôle purement pratique : 1° Faciliter l'étude de ces dispositions ; 2° éviter les répétitions inutiles. Ce sont ces mêmes considérations qui ne nous permettent pas toujours de comprendre les raisons pour lesquelles le législateur allemand a placé dans la partie générale de son Code des dispositions telles que celles se référant à la personnalité. Nous l'avons déjà dit : le caractère spécial d'un grand nombre de ces dispositions nous paraît indiscutable. Il en est de même pour celles se référant au régime des biens ; le système du B. G. B. permet, certes, de distinguer l'objet et le droit qui le grève, il évite des confusions qu'on rencontre souvent dans le Code civil français, mais il pousse à un véritable « déchirement » qu'on ne rencontre plus dans le Code civil suisse. De plus, comme nous l'avons dit, ce système n'est pas tou-

lions sur le système du droit privé, Genève, 1909. Mémoire publié à l'occasion du Jubilé de l'Université, 1909, p. 9-10 et note 9. L'auteur indique que les auteurs allemands avaient la conscience de ces emprunts et croyaient que la partie générale trouvait son origine dans le Digeste, p. 9-10.

¹. Savigny, *System*, t. I, § 58, cité d'après Neumann Auguste, *op. cit.*, p. 20; Carl Crome, *Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français*, *Livre du Centenaire*, t. II, 1904, p. 592.

jours parfait, notamment en matière de nullité des actes juridiques et de cession des droits de créance.

Il résulte de ce qui vient d'être dit, que le plan du B. G. B. est plus simple et plus logique que celui du Code civil français :

a) Il est plus *simple* en ce qu'il réunit dans sa partie générale un ensemble d'institutions et évite ainsi un grand nombre de répétitions et de problèmes qui se posent dans le droit français.

b) Il est plus *logique* en ce qu'il distingue, à côté du droit des choses, le droit de famille et des obligations qui ont chacun une nature et un objet différents¹.

Son caractère logique résulte d'ailleurs de la nature spéciale des ouvrages où ce plan fut d'abord appliqué ; nous voyons ici encore l'influence de la tradition dans la formation des différents Codes. En effet, alors qu'en France, les anciens auteurs étaient des praticiens, suivant dans leurs ouvrages le modèle des Instituts, les auteurs allemands sont des doctrinaires imbus du droit des Pandectes ; leurs travaux gardaient donc la nature propre des ouvrages de doctrine ; ils en appliquaient le plan, qui passa ainsi dans le Code civil allemand. Cette origine toute différente explique la partie générale du B. G. B. ; elle en motive surtout les abus et son côté doctrinaire. Sous l'influence des considérations scientifiques, le législateur allemand y a réuni toutes les théories générales, telles que celles de la personnalité, des biens, des actes juridiques. Nous avons vu les désavantages qui en résultent : en donnant quelquefois à ces dispositions un caractère nettement théorique, on est arrivé à les séparer de la vie, à en faire des règles doctrinaires. Telle est l'erreur principale du nouveau système.

Quant à la division proprement dite du Code civil

1. En dehors même de la division générale du Code, le caractère logique de celui-ci résulte de la rédaction de l'ensemble : on a partout posé des principes généraux très compréhensifs, puis on en a déduit les conséquences. V. quant à d'autres effets qui résultent de ce caractère, Raoul de la Grasserie, *Projet de Code civil allemand*, p. VIII.

allemand, la nouvelle méthode suivie est, pour les raisons indiquées déjà plus haut, supérieure au système français. Il faut cependant ajouter que le législateur de 1900 réunit souvent dans ses divisions des rapports de droit ayant une nature complètement distincte ; les droits réels se mêlent à chaque instant au droit des obligations. Son système présente encore des erreurs et souvent des lacunes :

a) Les erreurs résultent, comme nous l'avons déjà dit, de l'absence d'une partie spéciale consacrée au droit des personnes ¹.

b) Quant aux lacunes, elles sont nombreuses : nous ne trouvons, en effet, pas encore unifié le droit des obligations, — le droit d'auteur aussi n'a pas trouvé de place dans le Code, — le droit international privé y est absent. Il faut ajouter immédiatement qu'un grand nombre de dispositions, ne se trouvant pas dans le B. G. B., ont été placées dans la loi d'introduction et dans les lois spéciales (Nebengesetze) ², le B. G. B. forme un tout avec elles ³.

Un tel procédé présente le grand avantage de fournir un système presque complet ⁴, tout en n'augmentant pas démesurément le Code.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet du plan dans le Code civil allemand ; tout en reconnaissant ses lacunes, qui s'expliquent, pour partie au moins, par son origine, — son caractère souvent trop théorique qui est en contradiction avec les besoins pratiques de la vie, — nous ne pouvons nous empêcher d'admirer l'ordre et la logique qui s'en dégagent. Il paraît certes aujourd'hui

1. V. quant à ces besoins, Neumann Auguste, *op. cit.*, qui constate que ce système est consacré par Gaius et la doctrine allemande, pp. 21-23.

2. Ces différentes lois se référant aux livres fonciers, à la procédure de vente et à l'administration légale, ont été promulguées le 24 mars 1896.

3. Ce tout est assez étendu, puisqu'il se chiffre à 2.904 art., dont le B. G. B. comprend 2.385, la loi d'introduction 218, la loi des livres fonciers 102, celle sur la vente forcée 104 et la loi d'introduction de celle-ci 15.

4. V. cependant Carl Crome, *op. cit.*, 592. Quant aux matières non contenues dans le B. G. B., nous pouvons indiquer, en dehors de celles déjà citées, le droit d'assurance et le droit d'auteur, qui ont fait l'objet d'une loi spéciale du 19 juin 1901.

souvent insuffisant ; mais, comme on l'a dit avec raison, « tout système est imparfait ; on ne peut rendre justice à la réalité vivante dans laquelle l'institution juridique est liée à d'autres institutions, par un système de liens logiques ¹ ».

225. *Code civil suisse*. — Nous nous proposons maintenant de dire quelques mots au sujet du plan dans le Code civil suisse. L'unanimité des auteurs est d'accord pour reconnaître l'absence d'une méthode recherchée, semblable au Code civil allemand ² ; le système suivi dans la division des matières est cependant de beaucoup supérieur à celui des Codes qui l'ont précédé ; et cela, non seulement pour l'ossature générale du plan, mais même à l'intérieur des différentes institutions ³.

Nous y trouvons, nettement affirmée, la distinction entre le droit des choses et le droit des obligations ; le législateur suisse s'est de plus rendu compte, mieux qu'on ne l'avait fait jusqu'à lui, du rôle de la personnalité et de la famille dans le droit civil. Il les prend comme point de départ et d'appui de sa classification ⁴ ; il leur consacre à chacune un livre à part ; il distingue le droit de la personnalité du droit de famille et complète ce dernier droit par les dispositions qu'il consacre aux biens de famille et aux droits de succession.

Le législateur suisse unifie enfin le droit des obligations ; si, pour des raisons spéciales, il ne réglemente pas le droit d'auteur, il le sous-entend dans ses dispositions se référant « au contrat d'édition ». Il admet la totalité des institutions civiles s'étant affirmées pendant longtemps dans les différentes parties de la Suisse ; il les complète par les nouvelles créations juridiques.

1. Gierke, *op. cit.*, p. 81 ; v. aussi A. Colmo, *op. cit.*, qui déclare expressément : « Je concède qu'il peut y avoir du bon dans toute classification, mais j'estime que la méthodologie allemande est celle qui se prête moins aux critiques » (n. 60, p. 147).

2. Eug. Gaudemet, *Les codifications récentes et la révision du Code civil, Livre du Centenaire*, t. II, 1904, p. 979.

3. V. quant à l'ordre suivi dans le plan et à l'intérieur des institutions, Huber, *Exposé de motifs*, t. I, p. 13, 18.

4. Huber, *Exposé de motifs*, t. I, p. 18 ; Gmür, *Kommentar zum Schweiz Zivilgesetzbuch*, Band. I, Bern, 1913, p. 21.

Tel est le grand nombre de matières consacrées par le Code civil suisse ; cela est d'autant plus intéressant à noter, si on le compare à sa faible étendue. Il y est arrivé « par la distribution claire et systématique des matières ».

Le système suivi quant au plan est celui des Codes cantonaux qui l'ont précédé ; de là, l'absence d'une partie générale qui n'a jamais existé dans les cantons, sans donner lieu, pour cela, à des difficultés.

On a critiqué cette absence en y voyant l'un des défauts principaux du Code civil suisse. On a répondu, avec raison, croyons-nous, que la partie générale arrivait souvent à scinder des matières ayant des rapports très étroits entre elles ; qu'elle empêchait d'avoir une vue d'ensemble, en séparant les principes généraux des dispositions spéciales ; qu'il appartenait à la doctrine et non à la législation de fixer des règles générales.

Nous l'avons déjà dit : la partie générale d'un Code peut présenter un intérêt non seulement théorique, mais pratique. Le danger consiste ici non dans le principe lui-même, mais dans l'abus qu'on en fait ; cet abus seul peut être la cause de grands désavantages, en rompant tous rapports entre le droit et la vie. La résolution du problème de la partie générale d'un Code est en fonction des habitudes et de la pratique de chaque peuple ; aussi son absence dans le Code civil suisse n'a-t-elle pas été ressentie ¹.

Il est vrai que si le Code civil suisse ne contient pas de partie générale, il la remplace par un titre préliminaire qui contient un grand nombre de règles d'un caractère tout général ².

1. V. Huber, Exposé de Motifs, L. 1, p. 1.

2. V. quant aux raisons de l'absence de la partie générale, R. Demogue, compte rendu du livre du professeur Alfred Martin, Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse, *Rev. trim. du droit civil*, 1909, p. 658 ; Huber, Exposé des Motifs, t. I, 1901, p. 22 ; Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale concernant le projet du Code civil suisse (28 mai 1904), p. 10 ; Gmür, *Kommentar zum Schweiz Zivilgesetzbuch*, Band I, Bern., 1913, p. 16.

3. Le titre préliminaire contient « les dispositions qui en dehors du Code et sans influence sur son contenu, doivent régler son applicabilité en soi ou

Tel est ce que nous avons à dire au sujet du plan dans le Code civil suisse. Créé sous l'influence des précédents nationaux, il est simple et souple, ce qui lui permet d'évoluer avec les besoins ; il est complet et, en même temps, peu étendu ; il remplace la loi d'introduction du B. G. B. par un titre final sur « l'entrée en vigueur et l'application du Code civil » ; il a surtout un caractère nettement pratique : *a)* en ce qu'il ignore la partie générale et pose les principes en tête des dispositions particulières ; *b)* en ce qu'il sépare d'une façon précise le droit des obligations du droit de famille, de la personnalité et du patrimoine. Son procédé clair et rationnel à la fois s'impose de plus en plus ; aussi le trouvons-nous admis dans les toutes dernières résolutions de l'Académie de La Haye ¹.

226. Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet d'un plan dans le Code civil. Il correspond à notre désir de méthode ; il est, comme tel, un produit artificiel imposé par l'esprit à la multitude des faits juridiques ; il apparaît dans les lois et se développe surtout dans les Codes ; car ceux-ci ont surtout un rôle de systématisation, de mise en ordre du droit. Il a un caractère scientifique en ce qu'il répond toujours à une idée de base ; il est appelé à accomplir un rôle pratique en extériorisant les rapports entre les différentes institutions.

Son caractère doit être souple et évolutif, suffisamment complet pour contenir l'ensemble des institutions, mais en même temps succinct, afin d'éviter la trop grande étendue du Code ; son insuffisance résulte de l'impossibilité de concilier l'ordre et le mouvement. Aussi tout plan doit-il essayer d'être le meilleur possible, en se conformant le plus au but du Code ; de là, la nécessité de son caractère pratique qui doit en dominer tout autre.

en relation avec les autres sources de droit. On ne peut concevoir une œuvre de législation considérable sans dispositions de cette nature dirigeant et organisant son application » (Huber, Exposé des Motifs, t. I, p. 26).

1. Lévy-Ullmann, Projet de confection d'une collection d'exposés généraux de doctrine résumant sur un plan uniforme les principes fondamentaux du droit civil et du droit commercial dans les différents pays. Résolutions soumises à l'Académie internationale du droit comparé, session de 1926, séance du mardi 17 août 1926, v. surtout Rés. I et IV, p. 43,

IV. — CONCLUSION

227. Nous concluons ainsi notre chapitre sur le facteur juridique dans le Code ; nous avons vu dans notre première partie quelles étaient les sources d'un Code, la fonction qui leur était dévolue à chacune d'elles, l'importance de la tradition dans l'affirmation du droit.

Puis, nous avons passé au contenu d'un Code et examiné ce qu'était le droit civil ; nous avons dit, à cette occasion, que c'était le droit de la personne dans ses rapports de famille et de société, qu'un Code civil devait, en principe, contenir tout le droit civil et rien que le droit civil. Nous avons vu dans quelle mesure cela était possible et comment la « pureté » des rapports de droit était une simple fiction, sans application pratique ; qu'en réalité, le droit public, commercial, procédural, s'entremêlaient à chaque instant au droit civil.

Après avoir parlé des sources et du contenu d'un Code, nous avons passé en revue ces différentes qualités de forme et de fond ; nous avons étudié la clarté, la précision, l'intégralité de la loi, les nombreux rapports existant entre eux et leur collaboration vers un but commun. Nous avons montré comment cette clarté résultait souvent de la logique dans l'expression et de l'agencement des différentes institutions ; nous avons terminé en parlant du plan qui est non seulement appelé à assurer cet agencement, mais qui doit encore satisfaire souvent à certaines conditions de style.

Tels sont les différents facteurs de ce chapitre : leur étude nous a fait percevoir suffisamment les rapports réciproques existant entre eux et quelle est leur collaboration commune à la technique législative.

Nous avons terminé d'étudier les éléments de fond intervenant dans la rédaction d'un Code. Cette étude nous a permis de relever certains points importants : le Code n'est plus aujourd'hui le produit du hasard ni celui d'un moment ; il est la synthèse de phénomènes

politiques, économiques, moraux, juridiques ; chacun d'entre eux entrant dans sa composition et contribuant à sa formation. La technique législative est en fonction de cette collaboration, de cette composition ; nous l'avons déjà dit et démontré souvent, nous espérons le démontrer à nouveau dans les quelques développements qui nous restent et qui porteront : 1° Sur la nature des dispositions législatives et 2° sur les procédés techniques entrant dans la rédaction d'un Code. Nous terminons ainsi avec la première partie de ce livre et nous passons à la deuxième partie du troisième livre de technique législative interne.

DEUXIÈME PARTIE

GENERALITÉS

228. L'étude de cette deuxième partie de technique législative interne portera, — comme nous l'avons déjà dit, — sur la nature des préceptes légaux et sur les différents procédés intervenant dans la rédaction d'un Code.

A côté des éléments de fond, concourant à la rédaction d'un Code, apparaissent les éléments formels qui sont appelés à les exprimer et qui forment la partie technique proprement dite de tout travail législatif ; *ce sont les dispositions légales du Code*. Leur fonction est des plus importantes, puisqu'elles sont appelées à assurer son application ; aussi leur nature variera-t-elle avec sa composition et le but qu'elles sont appelées à satisfaire ; elles obéissent à des règles spéciales, qui sont cependant souvent en fonction du milieu social où elles s'appliquent et des éléments de fond qu'elles expriment. L'étude de ces règles et de leur nature fera l'objet de notre premier chapitre. Nous tenons seulement à insister ici sur les rapports étroits existant dans un Code entre les éléments de fond et ceux de forme.

Ces rapports apparaissent surtout lorsqu'il s'agit des facteurs idéaux ; le développement du caractère moral de la loi a fait de plus en plus apparaître la nécessité de formules souples, permettant aux juges d'en assurer l'application. En entrant dans la loi, les préceptes moraux, tout en se transformant et en acquérant la précision nécessaire à leur acceptation, ont imprégné à la

législation un caractère nouveau, plus souple, plus sujet à transformations. Nous croyons fermement que cette « mobilité de la loi » est en fonction du développement et de l'affirmation toujours plus grande du concept idéal dans le droit ; elle seule permet à la pratique de conformer la loi aux besoins moraux de l'heure... Le législateur à lui seul ne pourrait y arriver ; il est plus conservateur que la pratique, — il ne pourrait le faire sans abandonner son caractère précis, qui, seul, confère la certitude suffisante à toute activité. Aussi, les institutions morales de la loi imprimeront aux formules législatives qui les expriment, un caractère distinct : tel est le cas de l'abus de droit, de la lésion, de la propriété littéraire, etc...

Quant aux facteurs économiques, la nécessité de la précision et de la certitude qui doit dominer dans les rapports des parties confère aux préceptes légaux un caractère spécial ; ce qui importe avant tout ici, c'est que les parties puissent prévoir d'une façon certaine, au moment de la passation de l'acte, les conséquences à intervenir ; aussi, nécessitent-ils des formules appropriées.

Cela apparaît aussi pour le facteur politique dans un Code ; les concepts légaux qui réglementent la liberté civile, la famille, etc... ne peuvent présenter qu'un caractère rigoureux, tranchant, non susceptible de modifications.

Il faut ajouter immédiatement que ces différents facteurs ne se présentent pas à la vie à l'état isolé ; nous avons dit, au contraire, qu'ils s'entremêlaient souvent dans un complexe inextricable ; aussi, les formules qui sont appelées à les exprimer n'ont-elles pas un même caractère : souvent, la précision de la loi voisine avec des formules plus larges, plus générales, indiquant la présence d'éléments moraux. Nous verrons plus loin comment, dans le Code civil suisse, le juge peut intervenir pour « justes motifs », même en matière de propriété ou d'action en désaveu, pour limiter l'action en revendication ou permettre l'exercice d'une action en

désaveu, même après l'expiration du délai établi par la loi. Si nous avons établi cette distinction, c'est pour percevoir plus facilement les rapports profonds existant entre les éléments de fond et de forme dans un code.

Certes, la technique législative interne a ses règles propres ; nous l'avons dit nous-même souvent. Mais le législateur devra toujours se poser, avant de commencer son travail, la question préalable de savoir quel est l'élément juridique qui prédomine. Car, ne l'oublions pas : la technique législative interne a un but purement pratique, elle ne pourrait arriver à réaliser les phénomènes sociaux sans s'y conformer.

Ce sont ces considérations, profondément ressenties par nous à l'examen des différents codes, qui nous ont fait consacrer de si longs développements aux éléments de fond. Quelle que soit l'importance de ces questions, celles que nous abordons maintenant ne le sont pas moins.

Les préceptes légaux sont le résultat de tout un travail dans lequel interviennent, non seulement un grand nombre de procédés juridiques, mais aussi la valeur personnelle du législateur. C'est ce qui nous a fait dire souvent que la technique législative interne est un art. On perçoit l'importance qu'elle est appelée à avoir pour le droit, lorsqu'on pense que d'elle dépendra souvent la sécurité et la liberté des actions humaines. Loin de croire avec certains qu'elle constitue la partie inférieure, secondaire du travail juridique, nous pensons au contraire qu'elle a une importance des plus grandes puisque, sans elle, le droit ne pourrait s'affirmer d'une façon précise à la vie.

C'est ce qui explique que nous ayons consacré à la nature des préceptes légaux tout un chapitre ; nous y verrons que cette nature est en fonction du but qu'elle est appelée à satisfaire, du caractère de « commandement » de la loi, — que les caractères abstraits ou concrets, généraux ou spéciaux de la loi dépendent, non seu-

lement des règles propres, mais aussi des différents phénomènes sociaux à exprimer. Nous verrons, enfin, comment, pour assurer cette applicabilité, intervient la jurisprudence, quel est le rôle qui lui appartient dans le développement de la loi.

Les préceptes légaux, avons-nous dit, sont le résultat du travail du législateur ; ils sont en fonction des phénomènes à exprimer, mais aussi régis par des règles propres. La complexité de la vie est souvent telle qu'il est impossible de la saisir ; le législateur fait alors appel à des procédés artificiels qui arrivent à la dénaturer : tel est le cas de la présomption et de la fiction. Souvent il la réduit à des notions communes ou la classifie suivant des moyens appropriés. La présomption, la fiction, la définition, la classification feront l'objet d'un chapitre spécial que nous étudierons sous le titre : « Procédés légaux ».

Tels sont les différents moyens employés par le législateur pour arriver à formuler les dispositions légales ; ils nous permettent de percevoir plus intimement la façon dont se fait l'élaboration technique de la loi. Nous examinerons à la fin de ce chapitre un procédé d'élaboration des plus importants ; nous voulons parler du langage. Nous verrons, à cette occasion, l'importance qui lui a toujours été accordée et comment on l'a souvent confondu avec le côté technique même de la loi.

Tel sera l'objet de cette seconde partie de technique législative interne : l'étude des dispositions légales et des procédés légaux intervenant dans la rédaction de la loi. Ces deux chapitres nous permettront de percevoir l'importance toute nouvelle qu'elle a acquise ; elle permet au droit de se formuler d'une façon précise et de s'appliquer. Sans doute, la technique législative n'enfante rien ; le « donné », les faits sociaux sont la graine, mais la technique est la méthode qui seule leur permet de fleurir, de se développer...

CHAPITRE I

NATURE DES PRECEPTES LEGAUX

229. Nous n'étudierons pas, sous ce titre, les conditions de fond qui ont des rapports étroits avec les « qualités d'un code » ; ces questions ont déjà été examinées dans le chapitre précédent, aussi n'y reviendrons-nous pas.

Œuvre logique autant que pratique, tout code doit présenter une certaine unité et intégralité de pensée¹ ; cela non seulement dans son ensemble, mais dans les différentes institutions particulières qu'il est appelé à réglementer.

230. C'est cette unité nécessaire qui explique l'existence dans certains codes d'une partie générale : on arrive ainsi à éviter un grand nombre de répétitions de préceptes ayant un caractère général.

Nous avons vu, lorsque nous avons traité de la partie générale dans un code, ce qu'il fallait en penser et quels étaient les avantages et les désavantages qui en résultaient. Nonobstant cette partie, il paraît souvent nécessaire de répéter les principes ; il en est ainsi notamment de ceux se référant à la condition et au terme, qui trouvent dans la partie spéciale des applications

1. L'importance de l'unité dans la rédaction d'un Code a été depuis longtemps relevée; on a dit avec raison que c'était « un des caractères les plus importants et les plus nobles d'une législation... aussi est-il nécessaire non seulement dans la rédaction matérielle mais encore dans l'esprit, dans l'économie générale » (Picard, *Pandectes belges*, t. VI, p. LXII). L'auteur termine en rappelant les paroles de Diderot : « Il n'y a de beau que ce qui est un »; v. aussi Alfredo Colmo, *Tecnica legislativa del codigo civil Argentino*, 2^e éd., Buenos-Aires, 1927, p. 157 et s.; Urban A. Lavery, *Chief legislative Draftsman, The language of the law*, A. B. A. R., 1922, p. 240.

2. Alfredo Colmo, *op. cit.*, n° 68, p. 163.

multiples. On a vu quelquefois des « répétitions inutiles » dans la formulation en des endroits distincts, de certains principes généraux tels que celui de la liberté de la volonté des parties dans les contrats.

Il nous semble que cette affirmation, comprise d'une façon trop générale, n'est pas toujours conforme à la vérité. En effet, lorsque le législateur français, par exemple, formule le principe de « l'autonomie de la volonté », non seulement dans l'article 1134, mais aussi à propos de la vente (art. 1583), ou des conventions matrimoniales (art. 1387), il était obligé de le faire, sans nuire par là à l'unité de la pensée. On se trouvait, en effet, en cette matière, en présence de situations spéciales ; il fallait que le législateur intervienne pour dire si le principe de l'autonomie de la volonté allait l'emporter sur les dispositions impératives du contrat matrimonial, ou sur la sécurité nécessaire en matière de vente.

La « conséquence » même de la pensée du législateur lui imposait ces formulations spéciales pour les matières citées. Nous ne croyons pas que les différentes applications, distinctes et spéciales, d'un principe général, puissent être toutes prévues à propos de sa formulation ; cela ne serait même pas possible sans causer un véritable « déchirement » dans les institutions spéciales. Sans doute, la simplicité est nécessaire à une loi ; mais elle ne doit pas arriver à détruire sa compréhension. L'emploi des références et renvois n'est pas toujours possible, car il arrive à alourdir la pensée et la clarté de la loi.

Aussi, si nous croyons que l'unité de la loi est en fonction de sa clarté, du manque de répétitions inutiles, nous demandons qu'on n'interprète pas cette règle d'une façon trop générale. Les répétitions sont souvent nécessaires à la clarté même ; cela, pour les cas spéciaux et souvent distincts d'application.

Toute institution légale se compose d'un ensemble de notions formant un seul tout ; leur mélange inextricable est souvent le résultat de toute une tradition ; aussi

le législateur ne pourrait pas ne pas formuler l'ensemble de ces règles et indiquer les applications spéciales des principes généraux, sans manquer à son devoir. Ce que seul il ne doit pas faire, c'est d'introduire dans ces dispositions spéciales, des « conceptions qui sont de trop », soit parce qu'elles sont la reproduction de règles évidentes par elles-mêmes, ou d'un principe général qui ne trouve pas dans l'institution une application ou une raison distincte, soit parce qu'il y a double emploi du texte législatif ¹.

Le manque d'unité résulte aussi souvent de la réunion, en un même Code, d'institutions appartenant à des conceptions différentes ; cela arrive journellement sous la poussée de la pratique, par suite de la révision partielle et continue de nos lois ². Cette désharmonie peut quelquefois exister à l'origine même du Code ; il en est ainsi dans les Codes civils fédéraux, où des tendances contraires s'entre-choquent ³.

Une règle trop générale nous paraît ici une chose impossible ; tout est une question de cas. Nous l'avons déjà dit dans les chapitres précédents : une distinction précise des cadres étanches et idéals entre les différents droits et institutions juridiques nous paraît aujourd'hui encore quelque chose d'irréalisable ⁴ ; le législateur doit formuler ces règles en tenant compte de cet état.

Le meilleur moyen pour y arriver nous paraît être

1. Tels sont notamment les art. 74 et 165 relatifs à la célébration du mariage.

2. Aussi a-t-on toujours reconnu que nos lois manquent « de synthèse, d'unité de système, d'homogénéité, d'ensemble, d'harmonie », discours Savart, Débats Sénat sur le « Comité de législation », séance du 16 mars 1857, *Annales parlementaires de Belgique*, 1856-1857, p. 94 ; il en résulte souvent un manque « de proportions » qui est l'un des principaux défauts de l'unité de la pensée ; v. *The language of the law*, by Urban A. Lavery, — Chief legislative draftsman, — *The American Bar Association Journal*, 1922, p. 270.

3. Une telle pluralité de conceptions se rencontre aussi quelquefois dans les Codes civils unitaires ; faut-il encore rappeler pour nous en rendre compte, la double conception (de la représentation des créanciers entre eux et du partage de la créance) qui est à la base de la solidarité, dans le Code civil français ? Quant à la Suisse, v. Robert Guex, *Le droit civil en Suisse*, 1869-1919, *Livre du Cinquantenaire*, t. I.

4. Nous avons souvent vu ces rapports d'interdépendance ; aussi ne nous y arrêterons-nous pas à nouveau.

celui qui consacrerait une partie générale dans le Code ou qui, suivant le plan du législateur suisse, placerait en tête des dispositions spéciales, les principes généraux. Dans les deux cas, il faut indiquer et énumérer d'une façon précise les règles générales ; cela facilitera par la suite les renvois et contribuera à la concision de la loi. Ce n'est qu'ainsi qu'on arrivera à assurer *l'intégralité* des dispositions légales.

Le besoin de l'unité de la pensée du législateur s'affirme non seulement dans le Code lui-même, mais dans l'ensemble de ses dispositions légales. Elle s'obtient ici par la simplicité des prescriptions ; par le rapport logique existant entre elles ; enfin, par leur nature affirmative et directe.

La simplicité est la première qualité nécessaire des formules légales : elle facilite la clarté et la compréhension de la loi et rend possible l'unité de la pensée du législateur. Certes, le développement de la vie exige de plus en plus l'emploi des propositions complexes¹ ; mais l'art du législateur consiste justement à satisfaire ces besoins, tout en maintenant la simplicité de la loi².

Quant aux besoins du rapport logique, il s'explique par lui-même. Il s'obtient par le classement des exceptions et des règles subordonnées, à la suite des règles principales.

Ce qui seul peut présenter plus de difficultés pour le législateur, c'est l'emploi habituel des propositions affirmatives et directes ; en effet, à côté des dispositions affirmatives, apparaissent souvent dans la loi des formes négatives ou restrictives ; à côté de la voie directe, celle

1. V. sur la nécessité du Code d'être complet : Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit*, 1906, n. 424 ; Ambroise Colin, *Gazette du Palais*, 1886, jeudi 21 octobre 1886, n. 3, col. 3.

2. V. Hermann Weck, *op. cit.*, p. 27.

3. Le B. G. B. distingue d'une façon précise les dispositions positives des règles négatives, — ou encore ce que les auteurs appellent « la défense » et « le permis ». Pour la défense, la forme employée est « darf nicht », « kann nicht ». Le nombre des articles constituant des « défenses » dans le Code civil allemand, est très grand : aussi, a-t-on vu quelquefois dans « la prédilection pour la négation », un « défaut assez général qui rend la compréhension de la loi assez difficile ». « La plupart de ces dispositions gagne-

par références ou par renvois. Nous essayerons de nous prononcer sur ces différentes difficultés dans les développements à suivre, tout en reconnaissant dès maintenant l'impossibilité de trouver une règle trop générale.

231. Cette deuxième condition, à laquelle doit satisfaire la pensée du législateur, exige la connaissance préalable à la rédaction, de toutes les difficultés pouvant apparaître ; aussi n'est-elle presque jamais complètement réalisée en pratique.

Nous tenons à relever ici, après d'autres, que l'absence d'intégralité ne résulte pas seulement du manque de développement de la pensée du législateur, mais aussi de son excès. Faut-il encore rappeler les nombreuses dispositions se référant à l'interprétation des contrats, que le Code civil français classe dans les articles 1156 et suivants.

Cet excès résulte aussi quelquefois de la façon imprécise dont est rédigée la formule légale. L'intégralité de la pensée veut, en effet, que le législateur indique dans toute formule légale le but poursuivi et la sanction à suivre. Or, il arrive que le législateur ne soit pas sûr à l'avance de la réforme à intervenir : il se contente alors de laisser la voie ouverte aux nouvelles modifications, en ajoutant à ses indications, la formule, etc...¹ ; on comprend facilement les difficultés et discussions qui peuvent résulter par la suite.

Il faut ajouter immédiatement qu'un Code pèche surtout par le manque de certaines institutions juridiques ou par leur trop faible développement. Nous avons déjà trop insisté là-dessus pour y revenir ; aussi, nous contentons-nous de renvoyer au chapitre précédent.

raient en clarté dans leur forme affirmative. Le législateur semble avoir pensé, en posant de telles règles, non pas à la vie juridique mais à la contestation » (Hermann Weck, *Die Sprache in Deutschen Recht*, 1913 p., 52) V. aussi même auteur p. 22.

1. Colmo, *op. cit.*, n° 77, p. 179; v. un autre exemple d'excès, Picard, *op. cit.*, p. XXXIX: on rencontre aussi ces excès dans les lois anglaises du siècle dernier où le législateur commence par énumérer des cas particuliers qu'il accompagne « par une provision » : « pour les autres cas de même genre », Boutmy, *Psychologie politique du peuple anglais au XIX^e siècle*, 1901, p. 244.

232. Unité et intégralité sont les deux qualités nécessaires à la pensée du législateur. Mais cette pensée, comment s'exprime-t-elle ? Quelles sont les formes propres à la réaliser ? Existente-elles dans la loi seule ou même au dehors ? et, dans ce cas, doit-on aller la chercher dans les travaux préparatoires, exposés de motifs ? Quelle est la valeur de ces différents éléments ? Ont-ils la force obligatoire de la loi ? Telles sont les premières questions que nous essayerons de résoudre dans ce chapitre. Avant d'y arriver, une question préalable demande à être éclaircie : En quoi consiste cette pensée ? Est-elle une simple injonction du législateur et, dans ce cas, doit-elle conserver la forme appropriée, ou bien peut-elle s'exprimer sous forme de définitions ou de concepts théoriques ? Quel est le caractère de ces formules ? Général ou spécial ? Quels sont les avantages et les désavantages qui en résultent ? Et surtout, le législateur doit-il essayer de prévoir tous les cas concrets ou peut-il s'élever à des abstractions ? Enfin, quel est le ton de ces dispositions : doivent-elles être impératives ou supplétives ? Le législateur ne doit-il pas faire appel à d'autres moyens pour assurer l'évolution du droit ? Nous étudierons ainsi le rôle de la jurisprudence dans l'interprétation d'un Code et dans l'application de la loi.

Tel est l'objet de ce premier chapitre : I. Etudier la nature propre des préceptes légaux et les moyens par lesquels ils s'expriment. — II. Examiner le ton des formules et leurs caractères propres. — III. Enfin, dans une dernière section, établir le rôle de la jurisprudence. Nous avons placé à la fin de notre chapitre cette dernière question, parce qu'elle est en rapports étroits avec la nature des préceptes légaux ; parce que, grâce à elle, ces préceptes peuvent se développer ; aussi, son pouvoir dépendra pour beaucoup de la solution que nous donnerons au sujet du caractère des formules.

I. — *Nature propre des préceptes légaux
et moyens par lesquels ils s'expriment*

233. Nous subdiviserons notre section en trois parties ; dans la première, nous parlerons de la nature proprement dite des dispositions légales. Puis nous examinerons les différentes parties de la loi existant en dehors des dispositions proprement dites, leur valeur. Enfin, nous nous poserons la question de savoir quels sont les éléments matériels qui les complètent et quelle est la force obligatoire de ceux-ci.

A. — *Nature proprement dite des dispositions légales*

234. Nous avons vu dans notre chapitre précédent quels étaient les rapports existant entre la loi et la doctrine ; la loi contient des règles purement pratiques : elle réglemente, commande ou défend suivant les cas. Il appartient ensuite à la doctrine d'établir les rapports qui existent entre ces dispositions et avec les principes généraux du droit ; elle établit ses constructions et prépare la voie à de nouvelles modifications.

Cette délimitation du domaine respectif de la législation et de la science a été depuis toujours établie¹ ; on se contente aujourd'hui de le rappeler en disant que les dispositions du législateur sont de « règle pure », qu'il ne lui appartient pas de raisonner ni de motiver

1. V. notamment W. Belime, *Philosophie du droit*, t. I, 1844, p. 493 ; Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, 46, p. 59. Cette délimitation a surtout été établie d'une façon remarquable par Ihering, *op. cit.*, t. I, p. 39-40 ; *Motive zu den Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich*, Band. I, Allgemeiner Theil, 1888, Verlag von J. Guttentag, p. 15 ; Saleilles, *Ann. de lég. étr.*, 1896, t. XXVI, p. 151 ; Ambroise Colin, Saleilles et son œuvre en législation positive, *Bull. Soc. Ét. lég.*, 1913, p. 351 ; Saleilles, Des modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits de son travail et son industrie, *Bull. Soc. Ét. lég.*, 1901-1902, p. 148 ; Saleilles, compte-rendu des travaux de la 1^{re} sous-commission, *Bull. Soc. Ét. lég.*, 1905, p. 249 ; Saleilles, préface au livre de Lyon-Caen, sur *La femme mariée allemande*, 1903, p. VIII-XIX ; v. sur les dangers des formules abstraites, doctrinaires, dans la loi : Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 104-105 ; Parthéniu, *Le droit social sur les choses*, thèse Paris, 1908, p. 7-8.

ses décisions ; que le législateur commande alors que le juriste enseigne ¹.

Si la question se présentait à l'état si simpliste, nous n'y serions pas revenus, après tout ce qui a été déjà dit au chapitre précédent. En réalité, elle est beaucoup plus complexe et de nombreux rapports d'interférence s'établissent entre la loi et la doctrine.

En effet, à côté d'un nombre relativement restreint de prescriptions impératives, la loi contient un grand nombre de dispositions énonciatives. On a même soutenu, à cette occasion, que, « dans les droits évolués, la forme prescriptive était relativement rare, que le législateur expose le plus souvent » ; on a invoqué les déclarations les plus autorisées des rédacteurs du Code civil ², pour soutenir que le Code civil « n'est pas une série de prescriptions ; c'est un ensemble d'institutions qui ne commandent qu'en imposant à l'homme la figuration intellectuelle, les schémas auxquels doit se conformer son activité pour avoir une efficacité juridique ³ ». Il y a sans doute beaucoup de vrai dans ces affirmations ; nous verrons plus tard que souvent certaines dispositions de nos Codes présentent un ton nettement doctrinaire. Elles prouvent que toute règle trop générale en cette matière ne peut s'appliquer.

Certes, l'idéal consisterait ici à ce que toutes les prescriptions légales portassent en elles-mêmes la raison de leur formulation ; que toute disposition d'énonciation,

1. Eugène Gaudemet, Aubry et Rau, discours prononcé à l'Université de Strasbourg, le 21 novembre 1922, à l'occasion de l'inauguration de leur monument, *Rev. trim.*, 1923, p. 93 ; Zitelmann, *Die kunst der Gesetzgebung*, 1904, p. 15 ; Etienne Martin, *Études sur le régime dotal*, Travaux et Mémoires de la Faculté de Lille, t. II, n° 7, p. IV.

On rencontre cette même distinction à propos des statuts ; en effet, dans un ouvrage assez nouvellement paru en Angleterre, nous lisons : « un statut n'argumente et ne persuade pas, quoiqu'il puisse, dans son préambule, indiquer d'une façon courte son objet et expliquer dans ses dispositions, certaines difficultés auxquelles il doit remédier. Mais la tendance dans la législation moderne est d'écarter ces excroissances et de réduire le statut au moindre nombre de mots nécessaires pour expliquer son objet », Stephen's Commentaries of the laws of England, 1928, p. 63-64.

2. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1923, p. 44 et s.

3. Ray, *op. cit.*, p. 48.

d'exemplification fût exclue du Code ; on arriverait ainsi à le rendre plus concis, tout en augmentant sa clarté et sa compréhension. Mais cet idéal, il faut bien le reconnaître, n'est pas atteint aujourd'hui ; trop souvent encore, nos Codes contiennent des dispositions renfermant des définitions et non pas des commandements législatifs ¹.

235. Aussi la question s'est-elle posée, à cette occasion, de savoir si ces dispositions jouissent du caractère obligatoire qui appartient aux autres dispositions de la loi. Certains auteurs ont affirmé le contraire en employant à leur sujet le terme, si connu en droit romain, de *leges imperfectae*. Ces dispositions, déclarent-ils, ne seraient pas des lois au sens matériel ; elles ne présenteraient aucun intérêt dans un recueil de Codes, parce que, ou bien ces règles sont évidentes et alors leur formulation dans le Code n'y ajoute rien, ou bien elles n'existent pas en dehors de la loi et alors le législateur n'a pas le droit de les établir.

On a répondu avec raison qu'il y avait là « une méconnaissance évidente de l'autorité souveraine du législateur ² » ; qu'on ne pouvait plus faire une distinction entre les différentes dispositions d'un Code, pour ne conférer un caractère obligatoire qu'à certaines d'entre elles ; la distinction établie par les Romains n'avait plus de raison d'application aujourd'hui.

Il importe d'ajouter immédiatement que ces dispositions consacrées par le législateur n'ont qu'une valeur purement positive, qu'elles n'engagent pas la science juridique. On comprend facilement que s'il en était autrement, il en résulterait un arrêt dans l'évolution du travail doctrinal, ce qui nous semble complètement impossible.

Il résulte de ce qui vient d'être dit, qu'en principe, les dispositions légales ont un caractère réglementaire ;

1. Ray, *op. cit.*

2. Génv, *Méthodes d'interprétation*, t. I, 1919, p. 280.

quant aux dispositions énonciatives de nos Codes et de celles qui contiennent des définitions, elles n'ont qu'une valeur purement positive sans pouvoir lier la science juridique.

Même ainsi limité, le Code doit contenir le moins possible de règles juridiques de principe. Il appartient en effet à la science de les établir : seule elle dispose d'une « mobilité » suffisante pour pouvoir les modifier suivant les besoins de la vie. Tout Code doit, de plus, conserver un caractère nettement pratique ; il ne peut s'élever à des principes trop généraux par crainte de n'y faillir. Aussi, dans les lois, « faut-il raisonner de la réalité à la réalité et non pas de la réalité à la figure ou de la figure à la réalité ¹ ».

236. Mais si la présence de telles dispositions peut être admise dans le Code, sans craindre la destruction de celui-ci, il nous semble qu'il en est tout autrement pour celles présentant un caractère purement doctrinal. De telles dispositions n'appartiennent pas au cadre de la loi ; leur introduction dans celui-ci ne pourrait qu'en entraîner l'annihilation ; les conceptions doctrinaires font l'objet de nombreuses modifications. Tel est le cas des dispositions se référant aux pouvoirs de la coutume et de la jurisprudence, — sur la nature de l'indivision ou des sociétés civiles ; le législateur ne pourrait poser ici des règles sans risquer de se voir dépasser immédiatement par les faits ². Aussi, « prendre partie sur toutes les conceptions changeantes du domaine juridique, c'est faire du Code une œuvre de controverses, sujette à la discussion dans toutes ses parties ³ ».

1. Montesquieu, *L'esprit des lois*.

2. On a même affirmé que le législateur français ne pouvait placer la personnalité des sociétés à la suite des personnes physiques, car ce serait « prendre partie sur toute une série de questions doctrinales des plus complexes », Saleilles, rapport présenté à la 1^{re} sous-commission de révision du Code civil, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906. Nous croyons qu'il y a là une exagération certaine et une limitation trop grande du rôle du législateur. Aussi cette manière de voir n'a-t-elle pas été appliquée dans les Codes qui ont suivi.

3. Planiol, *Inutilité de la révision générale du Code civil*; *Livre du Centenaire*, t. II, p. 260, 261.

Il faut certes reconnaître qu'en formulant ses règles le législateur prend partie sur les différentes conceptions juridiques de l'heure ; mais il ne le fait que d'une façon indirecte. Aussi, les auteurs sont-ils d'accord pour reconnaître que seules les prescriptions positives légales s'imposent à la pratique et à la doctrine ; quant aux conceptions qui leur servent de base, elles n'ont aucune valeur pratique et peuvent être modifiées par la vie suivant ses besoins.

237. Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la nature des préceptes légaux : nés de la vie, ils doivent la comprendre, afin de pouvoir la servir ; ils ne peuvent s'en séparer sans manquer à leur tâche. Aussi tout caractère doctrinaire doit être banni de la loi ; et cela, non seulement quant à ses dispositions, mais même quant à son plan et à ses catégories légales.

Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons déjà dit au sujet du caractère pratique d'un plan ; il suffit de renvoyer au chapitre précédent. Quant aux catégories doctrinales, il suffit de rappeler les difficultés et controverses sans nombre auxquelles ont donné naissance « les formations hybrides et illogiques » du quasi-contrat et quasi-délit dans le Code civil français, pour nous rendre pleinement compte de la réalité de nos affirmations.

Cela dit, nous nous proposons d'examiner maintenant quelle est la nature des dispositions légales dans le Code civil français, dans le Code civil allemand et dans le Code civil suisse. Nous nous limiterons à la question de savoir si ces dispositions sont des règles pures ou présentent un caractère nettement doctrinaire ; nous abandonnerons aux développements suivants, les autres distinctions que nous nous proposons de faire.

238. *Code civil français.* — Nous l'avons déjà souvent

1. R. Saleilles, Un nouveau livre sur la cession des dettes (Etude sur le transport des dettes à titre particulier, par Eugène Gaudemet, 1898), *An. du droit com.*, t. XIII, 1899, p. 92.

dit : le projet de Code civil français contenait un titre préliminaire consacré à des règles d'interprétation et à des questions de principe. Le caractère métaphysico-légal de telles dispositions et la nécessité pour le Code de les abandonner paraît avoir été nettement perçue par le tribunal de Lyon ; après avoir rappelé les paroles du chancelier de L'Hospital : « la loi commande, elle n'est pas faite pour instruire, elle n'a pas besoin de convaincre », le tribunal demanda, dans ses observations, la suppression de ce titre ¹.

Nonobstant les modifications intervenues en cette matière, le caractère doctrinaire de ces dispositions a été encore souvent affirmé ; quant à nous, nous y voyons des règles juridiques de principes ayant un caractère nettement impératif.

Il faut reconnaître immédiatement que, nonobstant les textes contraires ², la distinction précise entre un travail de législation et un livre de doctrine n'a pas toujours été perçue nettement par le législateur de 1804. Il ne se contente pas d'ordonner ou de défendre, d'établir la forme des actes juridiques et de leur donner une sanction ; il contient souvent des règles ayant un caractère « instructif ³ », telles que celles des articles 739, 882, 1101, 1156 et suivants, 1169, 1187, 1801, etc. Il prend souvent parti sur des questions purement doctrinales ; tel est l'article 146 qui semble « consacrer la distinction généralement admise entre l'inexistence et la nullité ⁴ » ; l'article 1137, alinéa 2, qui consacre la théorie de la pluralité des fautes, etc...

L'absence de règles pures dans le Code civil français

1. Fenet, t. IV, p. 36; Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, 46, p. 63; Saleilles, La cession des dettes, *An. de droit commercial*, 1890, t. IV, p. 40-41; v. aussi Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, op. cit., p. 102; Saleilles, Protection et tutelle des enfants naturels, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1903, p. 105; E. Bartin, op. cit., p. IV; Génv, *Méthodes d'interprétation*, t. I, p. 282.

2. Fenet, t. IV, p. 36; rapport présenté par le tribun Andrieux à l'Assemblée générale de rédaction, Fenet, t. VI, p. 57-58.

3. G. Rousset, Codification, *Rev. critique de lég. et de jur.*, 1856, t. IX,

4. Saleilles, Questionnaire sur le mariage, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1907, p. 323.

apparaît à un autre point de vue encore. Le législateur se contente souvent de délimiter ces règles par la voie d'exemples : tel est le cas en matière des pouvoirs d'administration accordés au tuteur¹; en matière « d'immeubles par nature » (art. 518 et suivants), et surtout « par destination » (art. 524 et suivants), etc.

On a affirmé quelquefois, que « la norme de la formule doit porter en elle-même la clarté nécessaire pour sa bonne compréhension », car « la loi est un ordre ou une réglementation » ; aussi ne doit-elle pas illustrer son précepte par voie d'exemples. Certes, il y a beaucoup de vérité dans cette opinion ; nous l'avons soutenue nous-même plus haut : l'idéal est la formule pure, suffisamment claire pour être facilement comprise par tous. Mais dans l'état de développement de la technique législative aujourd'hui, cet idéal ne peut encore être atteint. Il faut d'ailleurs reconnaître que la rédaction de l'article 525 a permis à la jurisprudence d'étendre de beaucoup son domaine d'application.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet du caractère « instructif » et de principe du Code civil. Il faut cependant ajouter immédiatement qu'on n'y rencontre pas de principes de droit abstrait purement doctrinaire, tels que ceux se référant à l'analogie dans le droit, aux pouvoirs de la doctrine, etc.². Un grand nombre de définitions ont été omises³ : nous ne trouvons nulle part dans le Code la définition de la « rétroactivité » ou du « statut personnel » et « réel ». Quant aux dispositions « instructives » que nous avons citées, — et nous pourrions en indiquer d'autres⁴, — elles s'expliquent par l'influence

1. V. art. 450 et s.

2. « Félicitons-nous de la sagesse avisée de notre législateur qui, excluant de son cadre impérieux et rigide, toutes ces prescriptions de science et de raison, a laissé à l'interprète, pour la recherche des sources et la constitution de la méthode, la latitude à laquelle il a droit... », Génv, *Méthode d'interprétation*, t. I, p. 236; Savigny, *Traité de droit romain*, t. I, p. 313.

3. V. aussi Génv, *Technique législative*, op. cit., p. 1012; Perreau, Le rôle de l'habitude dans la formation du droit privé, *Rev. trim. du droit*, 1911, p. 234.

4. On peut ainsi citer des dispositions ayant un caractère superflu (art. 1173, 2052) ou nettement didactique (il en est ainsi notamment en matière de société, art. 2037-2051, 2053). Aussi, un grand nombre de ces dispositions ont-elles disparu du projet des obligations franco-italien.

exercée en cette matière par Pothier sur les rédacteurs du Code. Pour le reste, le Code civil français maintient, dans la plupart des cas, son caractère souple, exempt de définitions et de principes généraux ; c'est ce qui lui a permis de subsister et de survivre aux faits qui lui avaient donné naissance.

239. *Code civil allemand.* — L'étude du Code civil allemand, — quant à la valeur des dispositions légales, — nous offre un caractère nettement distinct de celui du législateur de 1804. Certes, les constructions doctrinales qu'on rencontre nombreuses dans le Code civil autrichien¹ et dans le premier projet du Code civil allemand ont disparu du travail définitif ; un grand nombre de conceptions doctrinales ont été exclues. De plus, si le Code contient une partie générale, il fut entendu, lors de la rédaction, qu'elle « se composerait, non pas... de règles abstraites et de définitions juridiques, mais de dispositions concrètes ayant trait à la réglementation de certaines matières juridiques qui ne pouvaient trouver aucune place adéquate dans la partie spéciale ». Nonobstant ces déclarations, le ton des formules légales reste trop souvent doctrinaire ; de plus, nous trouvons un grand nombre de définitions destinées à établir le sens concret et précis de certaines expressions courantes². La matière des obligations conserve son caractère abstrait et souvent théorique.

Ce qui alourdit surtout le sens des dispositions légales, c'est le grand nombre de renvois qui peuvent donner lieu à de nombreuses controverses théoriques ; c'est ce que nous verrons d'ailleurs dans nos développements qui suivront.

Nous avons simplement à relever ici que le désir de tout régler par la voie des renvois donne au Code un caractère théorique et abstrait.

1. V. Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, 46, p. 61-62.

2. « Celles-ci assez nombreuses, on compte jusqu'à près de 70 expressions, ont reçu une valeur technique invariable ayant fait l'objet d'une définition légale » (Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand* 1904, p. 110); v. aussi *ibid.*, p. 57-58.

Il résulte de ce qui vient d'être dit que le Code civil allemand abandonne à la science un grand nombre de concepts théoriques : tel est le cas des dispositions consacrées aux pouvoirs de la coutume qui ont été effacées du projet définitif¹ ; mais il continue à consacrer quelques dispositions théoriques² ; le ton de ces formules est trop souvent celui d'un traité, le nombre de ces renvois est encore trop grand.

240. *Code civil suisse*. — Présente ici encore un caractère original et distinct des Codes qui l'ont précédé : contrairement à ceux-ci, il maintient, dans son titre préliminaire, des règles consacrées aux pouvoirs du juge et de la coutume³. En revanche, il est très sobre en définitions et en généralités : il se contente de poser des directions générales accordant de larges pouvoirs d'application à la pratique.

Loin de faire de son ouvrage « un catéchisme juridique⁴ », le législateur suisse a indiqué à la science du droit les nouvelles voies à suivre en matière de codification. Il n'essaie pas de comprendre dans ses dispositions l'ensemble du droit, — soit par des formules appropriées, soit en multipliant le nombre des renvois, —

1. Gény, *La technique législative*, *op. cit.*, p. 1030. L'auteur constate que le Code civil allemand a exclu « toutes les explications de principes, conceptions et constructions doctrinales ou définitions purement théoriques, pour s'en tenir à des dispositions strictement positives » ; Motifs du B. G. B. sous l'art. 206 et à propos de la définition de l'obligation : les auteurs du Code disent « qu'il serait extrêmement dangereux de trancher par une loi le débat sur la nature de ce phénomène juridique », cité d'après Roguin, *op. cit.*, p. 108, note 1 : l'auteur voit là une attitude habituelle du législateur allemand ; Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, 1904, p. 105 ; Saleilles, préface au Code civil allemand, Code civil allemand, t. I, p. XXIV ; G. Planck, *Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, t. I, 1898, Berlin, p. 47 ; On ne trouve pas dans le Code civil allemand des règles sur l'interprétation : cela est d'autant plus intéressant à noter que tous les Codes germaniques précédents en contenaient, v. notamment l'art 6. Code civil autrichien ; l'art. 46 du A. L. R. ; l'art. 22 du Code saxon. Cet article déclarait qu'excepté « l'interprétation authentique, les lois devront être interprétées selon leur texte, et si les mots laissent subsister des doutes, d'après l'intention du législateur qui s'est manifestée de toute autre manière ». Aussi, le premier projet du B. G. B. consacrait-il « certaines déclarations de principe en matière d'interprétation ». V. au sujet de ce dernier projet, Saleilles, *La déclaration de volonté*, p. 195.

2. V. pour la matière « des actes juridiques », Saleilles, *La déclaration de volonté*, préface, p. IX.

3. V. Huber, Exposé des motifs, t. I, p. 7.

4. Planck, Zur Kritik des Entwurfes eines B. G. B., *Archiv...*, 75,

mais il tend seulement à « rendre intelligible... chaque article pris isolément¹ ». Il s'est rendu compte que pour y arriver, il fallait maintenir la loi en liaison directe avec la vie et écarter les tendances à la généralisation ou à l'abstraction. C'est ce qui en fait la force et en augmente la durée.

240 bis. En résumé, les préceptes légaux doivent présenter le caractère de dispositions nettement positives ; le législateur ne peut poser que des règles pures : il doit commander ou défendre ; il évitera autant que possible des règles de principe et des formules d'enseignement.

Nous avons vu dans quelle mesure ce système a été suivi par les différents Codes ; sous l'influence de la tradition, il n'a pas été toujours appliqué avec une rigueur mathématique : cela quelquefois pour le Code français et souvent pour le Code civil allemand. Il en est tout autrement pour le Code civil suisse : le législateur suisse semble avoir compris, mieux que ne l'avaient fait ses devanciers, l'importance que présente le droit pratique dans un Code ; aussi ses formules constituent-elles des directions générales pour aider à l'application du droit. Les dispositions légales perdent dès lors leur nature absolue pour devenir de véritables dispositions « positives », s'adaptant à la vie. Telle est la nature des prescriptions légales proprement dites.

B. — Toutes les parties de la loi ont-elles une même valeur ?

241. Titre. — Nous examinerons à cette occasion : la valeur obligatoire du titre comme disposition légale et comme élément aidant à l'interprétation.

La valeur obligatoire du titre, en tant que disposition légale, ne peut se poser dans certains droits, tel le droit

1. Huber, Exposé des motifs, t. I, p. 13 : « De là la nécessité de faire autant que possible abstraction des renvois... ».

français où les titres « restent en dehors de la loi ¹ ». Il en résulte, non seulement des conséquences spéciales quant au vote du titre ², mais aussi quant à la façon dont se fait sa rédaction : il suffit de rappeler, pour nous rendre pleinement compte de la véracité de nos affirmations, la mauvaise rédaction du titre de la loi du 20 mars 1917 sur les pouvoirs de tutelle de la mère de famille ³.

Cela est d'autant plus intéressant à noter qu'en résumant le but de la loi, le titre est appelé à avoir un rôle nettement pratique : il doit, non seulement faciliter les recherches, mais abrégier le contenu même de la loi. Aussi le législateur allemand, — tout en ne lui donnant pas force légale, — établit d'une manière très précise la façon dont se fera sa rédaction ⁴ ; bien plus, afin d'en permettre l'emploi plus facile à la pratique, il en établit des abréviations qui arrivent à acquérir souvent une valeur plus grande que le titre lui-même ; il en est ainsi de l'abréviation B. G. B., qui est entrée dans la pratique commune du droit civil.

L'importance accordée au titre de la loi explique que dans certains pays ⁵, on lui ait attribué la même valeur qu'au texte. Tout titre doit indiquer d'une façon précise le but de la loi ; pour que celle-ci soit bien rédigée, il faut que son titre en indique le contenu sans y ajouter ni retrancher quelque chose. C'est la seule façon d'em-

1. Joseph Barthélemy et Duez, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, 1926, p. 576.

2. Le titre n'est pas soumis au vote du Parlement. V. Joseph Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p. 576 : ils constatent « qu'il arrive... par suite, notamment que le texte législatif... ne corresponde plus exactement au contenu de la loi ».

3. V. là-dessus : H. Capitant, *Comment on fait les lois aujourd'hui*, 1917 ; v. aussi Julien Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil* par G. Baudry-Lacantinerie, t. I, 1924, p. 92-93.

4. « La forme la plus répandue, est la désignation de « loi » avec une conjonction et un mot qui en indiquent le contenu : « Über », « Wegen », « zur bettrefend ». Les lois importantes sont souvent désignées d'une manière différente ; on cherche à créer un seul mot composé avec « Gesetz », « Gesetzbuch » et « Ordnung », Hermann Weck, *Die Sprache im Deutschen Recht*, 1913, p. 35 ; v. aussi *ibid.*, p. 42, indiquant que l'Assemblée des Juristes (« Deutsche Juristentag ») a proposé dès 1905 d'établir l'uniformité dans la dénomination et la citation des lois ».

5. Tel est le cas de l'Amérique. V. Joseph Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p. 576.

pêcher le jeu pernicieux des amendements¹. Aussi les Anglais reconnaissent-ils deux titres à la loi², et on trouve des décisions des tribunaux américains annulant celle-ci comme inconstitutionnelle pour insuffisance de titre³.

Quelles que soient les difficultés qui en résultent, il faut cependant reconnaître que ce système présente le grand avantage d'assurer la bonne rédaction du titre ; or cela nous paraît absolument nécessaire pour en bien comprendre le contenu. Le titre fait partie de la loi, il y est même appelé à jouer un rôle très important ; aussi ne voyons-nous pas les raisons de le distinguer des autres dispositions, pour ne pas lui accorder une force obligatoire.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la force obligatoire du titre comme disposition légale. Sa valeur *comme moyen d'interprétation* a été souvent discutée, tant par la pratique jurisprudentielle, que par la doctrine.

On s'est souvent demandé si les rubriques de la loi constituaient de simples indications ou bien si elles faisaient partie de la loi elle-même. La question présente de l'intérêt lorsqu'il s'agit de fixer la nature propre d'une institution.

La jurisprudence est indécise là-dessus : elle invoque souvent la rubrique sous laquelle est placée l'institution pour en établir la nature⁴.

Il y a cependant des décisions très importantes en sens contraire⁵. Ces dernières sont souvent les plus conformes à la vérité : nous avons dit, en effet, que les matériaux les plus divers entraient dans la composition d'un code ou d'une loi ; aussi la nature de celui-ci ne nous paraît-elle pas suffisante pour établir, seule, celle des

1. V. Courtney Ilbert, *Legislative methods and forms*, 1901, p. 269.

2. Courtney Ilbert, *op. cit.*

3. J. Barthélemy et Duez, *op. cit.*, p. 218.

4. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1926, p. 211-212.

5. V. notamment les deux arrêts de la Cour de cassation en matière de nationalité, que nous avons déjà cités.

dispositions. On invoque, de plus, avec raison, que toute prescription légale présente des caractères multiples ; comme tels, elle peut appartenir à des rubriques différentes existant dans le même code.

Nonobstant, on admet aujourd'hui presque unanimement que les rubriques de la loi ne sont pas de simples indications, mais qu'elles font partie du texte même ¹.

242. Notes marginales. — L'importance de la question des notes marginales existe surtout depuis quelques dizaines d'années ; ce fut, en effet, Huber, le rédacteur du Code civil suisse, qui déclara pour la première fois, dans son « Exposé de motifs », que « les rubriques marginales font partie intégrale de la loi ² ».

Il y a donc lieu de se demander que sont-elles, et surtout, quelle est la fonction qu'elles sont appelées à accomplir dans le Code ?

Des rubriques, — leur nom même l'indique, — qui, au lieu d'être placées en tête des dispositions légales, le sont en marge de la loi ; elles sont appelées à résumer en quelques mots le contenu de chaque article auquel elles s'appliquent ³.

Elles facilitent la lecture de la loi et les recherches des rapports entre les différentes dispositions ; elles ont, pour chaque article, le rôle qui est attribué dans la loi, au titre ; aussi doivent-elles être courtes et précises. Ce n'est qu'ainsi qu'elles pourront accomplir leur fonction purement pratique.

En leur accordant une valeur légale, le législateur en a fait un important élément d'interprétation pour la jurisprudence.

En plus de ce but purement pratique et légal, les notes marginales en accomplissent un purement technique ;

1. Aussi la doctrine est-elle plutôt dans ce sens ; v. cependant Ray, *op. cit.*, p. 213.

2. V. aussi Robert Guex, *Le droit civil en Suisse*, 1869-1919, *Livre du Cinquantenaire*, 1923, t. I, p. 551.

3. V. cependant Courtney Ilbert, *Legislative methods and forms*, 1901, qui constate que les notes marginales doivent décrire, « but not attempt to summarise the contents of the clause to which it relates » (p. 116).

elles permettent au législateur d'établir d'une façon précise si la question à traiter doit faire l'objet d'un ou de plusieurs articles ; la clarté ou la longueur de celle-ci sera la meilleure indication possible pour le législateur ¹.

Il ne faut pas confondre les *notes marginales* avec les *notes du codificateur* que certaines lois placent à la suite de leurs articles, pour les compléter. Les auteurs qui, comme le professeur Colmo, n'admettent pas que les dispositions légales contiennent autre chose que des règles pures, demandent leur suppression ; tout au plus admettent-ils que les exemples de la loi, destinés à illustrer les préceptes, soient portés en notes ². Celles-ci ne peuvent d'ailleurs faire partie du texte de la loi et ne servent que de simples indications.

Nous sommes complètement d'accord avec cette façon de voir : les notes doivent être publiées séparément afin de ne pas alourdir le sens de la loi et en augmenter démesurément l'étendue.

243. Renvois. — Nous terminons la deuxième partie de notre première section avec la question des renvois ; ceux-ci présentent des points de rapprochement avec les notes marginales, en ce qu'ils sont appelés à indiquer les rapports existant entre les différentes dispositions d'un Code, et à faciliter, par là, la recherche à la pratique.

Certes, l'idéal en matière de technique législative consisterait, nous l'avons souvent dit, à ce que chaque disposition légale se suffise à elle-même. Or, cela paraît complètement impossible en pratique : la complexité de la vie est telle que toute formule, même générale, ne peut la saisir dans son entier ; la multiplicité de ses aspects

1. V. Courtney Ilbert, *op. cit.*, p. 116.

2. V. cependant professeur Dr G. Kleinfeller, *Gesetz und Sprache, Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1912-1913-6, qui constate que « les reproductions sont meilleures que les renvois. Non seulement le commandement de la loi devient plus clair, mais encore le rédacteur est forcé de trouver l'expression et empêche par là l'imprécision du texte » (p. 269).

oblige le législateur à établir de nombreuses dispositions ayant souvent d'étroits rapports entre elles.

Le besoin logique du Code nécessite de grouper ces formules suivant les idées générales prises comme base. Or, à côté des aspects des formules principalement perçues par le législateur, il peut, et il arrive souvent, qu'elles en présentent de nombreux autres. Il appartient aux renvois de fixer ces aspects et d'indiquer à la pratique les rapports existants ; ils évitent ainsi des recherches inutiles et facilitent la clarté de la loi. Il en est de même lorsque les législateurs posent des règles générales et y renvoient par la suite dans les parties spéciales de la loi. Les renvois permettent ici encore d'établir les liens logiques existant entre les diverses parties de la loi ; ils évitent des répétitions multiples, des longueurs nuisibles, sans rendre plus lourd ou laisser des lacunes dans le texte de la loi.

Il importe d'ajouter immédiatement qu'une conception trop tranchante en cette matière nous paraît souvent impossible. En effet, si les renvois évitent souvent des longueurs, sans laisser des lacunes, il n'en est plus ainsi lorsqu'on en abuse. On risque alors d'atteindre des résultats nettement contraires ; loin de faciliter le travail de la pratique, les renvois le compliquent jusqu'à le rendre impossible ; ils alourdissent le sens des dispositions légales... Il en est ainsi, notamment, dans certaines législations civiles, que nous examinerons par la suite, où le désir de tout régler a fait apparaître de nombreux renvois à des degrés divers ; il en résulte pour le Code un caractère abstrait, lourd et même souvent inintelligible.

Les renvois sont destinés à établir les rapports logiques existant entre les différentes formules d'un Code : de là des dangers et souvent de véritables méprises. C'est ce que nous verrons bientôt.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet des renvois dans le Code : il résulte que l'abus en cette matière peut présenter de grands désavantages. La raison de leur emploi réside dans la force de la loi et dans l'économie

de temps qui en résulte. Tout abus peut conduire à des résultats nettement contraires. C'est ce que nous verrons d'ailleurs en étudiant la question des renvois dans les Codes civils français, allemand, suisse.

Code civil français. — Le besoin de faire intervenir les renvois dans la rédaction d'un Code apparaît dès 1804 ; aussi, le législateur français pose-t-il dans ses dispositions un nombre de renvois à des matières placées sous d'autres titres (cas de l'article 1167). Il se distingue par là des législations qui devaient suivre et qui contiennent des renvois, même d'articles, dans le texte de la loi ; on en fait ainsi une partie intégrante. Les abus sont ici plus à craindre, parce qu'ils risquent d'augmenter démesurément l'étendue de la loi.

Un système tel que le système français peut présenter certains dangers¹ : en renvoyant à un certain nombre de cas, le législateur peut avoir voulu donner à son indication une valeur limitative ou énonciative. Dans le doute, on comprend les nombreuses difficultés et controverses qui peuvent en résulter.

Le cas s'est présenté notamment à propos de l'action paulienne, où l'article 1167 renvoie à un certain nombre de dispositions ; or, on ne trouve pas parmi ces hypothèses celle de « l'option légale » à laquelle la jurisprudence veut appliquer notre action. Aussi, la doctrine² demande-t-elle de supprimer les renvois qui font suite à l'article 1167, et de laisser aux interprètes du droit « le soin de dire, d'après les textes en vigueur en suivant les règles du droit commun, dans quelles hypothèses l'action peut ou saurait être intentée³ » ; il

1. V. Gierke, *Der Entwurf eines B. G. B.*, 1889, p. 67 ; O. Bähr, *gegen Entwurf zu Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich* ; Erste Lesung, *Kritische Vierteljahresschrift*, 30 Neue Folge. 11, 1888, p. 325.

2. V. note 3. L'insuffisance et les difficultés pouvant résulter des lacunes et des omissions dans les renvois avaient été déjà perçues par les auteurs anglais ; aussi déclarent-ils expressément : « Reference to another clause of the same Bill by its number should if possible, be avoided » (Courtney Ilbert, *op. cit.*, p. 248).

3. Piedelièvre, *Rapport sur les travaux de la sous-commission, Commission des obligations et des preuves, sous-commission des obligations*, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1917, p. 100.

en est de même pour l'article 1121 qui n'envoyait pas au contrat d'assurance. Cet article prouve aussi la nécessité pour le Code de renvoyer ces questions à la science et à la pratique qui seules peuvent évoluer avec les besoins de la vie.

Les dangers qui peuvent résulter des renvois consistent dans la compréhension insuffisante de la nature des différentes institutions. Il n'appartient sans doute pas au législateur de fixer la nature d'une institution ; son rôle est purement pratique et ni la science, ni la jurisprudence ne doivent se préoccuper des conceptions théoriques qui ont servi de base à sa réglementation.

Cela est certes vrai ; mais ces notions ont mis du temps pour s'affirmer ; de plus, toute codification est appelée à avoir, pendant un certain temps, quelque influence sur la science. Or, après avoir placé la cession de créance en matière de ventes, le législateur ne renvoie pas à la donation ; il en résulte nécessairement un manque de compréhension suffisante de cette institution.

Il ressort de ce qui vient d'être dit que les renvois en matière de Code civil français sont souvent insuffisants ou nuisibles. Il faut ajouter immédiatement qu'ils présentent le grand avantage d'aider la pratique dans ses recherches. Cela est d'autant plus intéressant à noter que le plan du Code n'est pas toujours très logique et qu'il y manque une partie générale.

Mais les renvois doivent être réduits au minimum ; si le législateur veut ici tout régler, les cas où il n'intervient pas donnent lieu à de grandes discussions et empêchent le développement normal de la loi. C'est ce que nous verrons pour le Code civil allemand.

Code civil allemand. — L'étude de ce Code nous offre un exemple intéressant des abus auxquels peut conduire l'emploi trop fréquent des renvois.

Tout en effaçant du projet définitif un grand nombre d'entre eux, le législateur allemand maintient en cette matière un système trop compliqué et souvent confus ;

rompant avec le procédé employé par le Code civil français et avec celui de certaines législations devancières ¹, le B. G. B. place les renvois dans la construction même de ses préceptes et en fait une partie intégrante de la loi.

Un tel système présente des dangers en ce qu'il risque non seulement d'augmenter l'étendue du Code, mais de conférer à ses préceptes un caractère lourd, confus et souvent abstrait. Le renvoi perd alors, avons-nous dit, toute raison d'être, puisqu'il n'arrive pas à économiser le temps de l'interprète et la force de la loi. C'est ce que nous nous proposons de voir maintenant.

Même après les suppressions intervenues, on a relevé souvent l'existence dans le B. G. B. des degrés successifs de renvois se rapportant les uns aux autres. Pour connaître, par exemple, « le droit des biens communs dans le régime de la communauté d'acquêts, sur les fruits des biens de la femme, on est renvoyé de l'art. 1580 à l'art. 1550, de là, à l'art. 1383 et de là, à l'usufruit, donc aux art. 954-955, 1136-1138 ² » ; il en est de même de l'art. 1270 qui renvoie à l'art. 1188, pour que celui-ci renvoie à son tour à l'art. 878.

Ces exemples nous prouvent suffisamment, — et on pourrait en citer d'autres, — que le législateur allemand a voulu tout prévoir par un système complet de renvois. On a vu ici avec raison une influence décisive exercée par la science allemande sur les rédactions du Code : le désir de tout prévoir, de tout préciser, qui apparaît nettement tant dans le plan que dans les formules de la loi, s'affirme ici à nouveau : le législateur allemand a voulu indiquer ici, d'une façon nette et précise, les rapports logiques existant entre les différentes dispositions d'un Code ; de là, l'existence d'une partie générale, de là aussi le grand nombre de renvois qui transforment le Code en une « table de logarithme ³ ».

Or, on l'a déjà souvent dit : le Code ne peut être un

1. Notamment le Code civil saxon.

2. Cité d'après Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, op. cit., 96, p. 356.

3. J. Kohler, op. cit., p. 356; Hermann Weck, op. cit., p. 54.

traité de droit ; il ne peut et ne doit même pas prévoir l'ensemble des rapports juridiques. Le système des renvois multiples arrive à rompre l'unité de pensée qui doit régner dans la loi ; bien plus, il détruit la force des dispositions légales, en remplaçant les préceptes directs par des indications indirectes ; il alourdit par là les recherches et porte atteinte à la clarté de la loi.

Ce système paraît d'autant plus critiquable que le B. G. B. avait une partie générale ; cela aurait dû alléger le nombre des renvois par rapport aux législations qui n'en avaient pas, tel que le Code civil français. Loin de là, le législateur civil allemand en augmente le nombre dans une proportion géométrique. Cela s'explique par les conceptions toutes différentes qui ont servi de base aux deux législations ; aussi ne croyons-nous pas, avec le professeur Kohler, qu'un meilleur regroupement des matières dans la partie générale aurait conduit à diminuer le nombre des renvois¹. Ce qu'il faut modifier dans le B. G. B. , c'est la conception même au sujet de la codification.

On comprend qu'un tel système puisse présenter des dangers ; il donne souvent lieu à des controverses pour les cas où les rapports des différentes dispositions paraissent trop visibles au législateur allemand pour qu'il les indique à nouveau. On peut se demander alors ce que le législateur a voulu par son abstention ; cela peut donner lieu, sous un régime complet de renvois, à des discussions et souvent même à des confusions. Aussi nous semble-t-il que toute révision d'avenir, en cette matière, doit consister à effacer un grand nombre de ces textes et à laisser la voie ouverte à la jurisprudence et à la science.

Et qu'on ne craigne pas que la brièveté de la loi en souffrira ; car le rôle de la loi n'est pas de tout prévoir ni de tout indiquer ; elle doit laisser une grande marge à la vie. C'est ce que nous verrons dans le Code civil suisse.

1. Kohler, *op. cit.*, p. 355.

Code civil suisse. — Le rédacteur du Code civil suisse s'est rendu compte, mieux que ne l'avaient fait ses devanciers, des abus pouvant résulter de l'emploi excessif des renvois ; aussi a-t-il essayé d'y suppléer en donnant à ses dispositions un caractère indépendant, se suffisant à elles-mêmes.

Quant aux renvois eux-mêmes, le distingué rédacteur du Code civil suisse, le professeur Huber, déclare dans son « Exposé de motifs » qu'on a essayé d'en faire « autant que possible abstraction... » ; lorsque cela ne paraissait pas possible, « on y a pourvu, non par l'indication d'un numéro d'article, mais par une phrase claire, donnant le contenu du renvoi ». Un tel système n'a pas augmenté démesurément l'étendue du Code ; au contraire, ce qu'on critique et admire le plus, suivant les circonstances, dans le Code civil suisse, c'est justement sa concision.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet des renvois dans les différents Codes civils. Il résulte que ceux-ci présentent une grande utilité pratique, en ce qu'ils indiquent les rapports existant entre les différentes parties d'un Code et facilitent par là les recherches. Si cela est vrai, nous avons cependant reconnu que des abus sont souvent à craindre dans cette matière. On arrive alors à des résultats tout autres ; la clarté, la force de la loi pourraient alors être atteintes. De plus, ce procédé est souvent contraire à l'unité de pensée qui doit régner dans la loi¹ et à la nécessité d'avoir des formules techniques indépendantes et se suffisant à elles-mêmes. Ce sont ces considérations nombreuses qui expliquent la tendance à diminuer les renvois dans les nouveaux projets² et à donner la préférence aux renvois de fond, qui constituent une partie intégrante de la loi.

1. Huber, Exposé des motifs de l'avant-Projet du département fédéral de justice et de police, Berne, 1901, t. I, p. 19.

2. Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit*, 1906, p. 420.

3. Il en est ainsi notamment dans le projet de Code civil hongrois. V. Emeric Vadasz, Le projet de Code civil hongrois, *Foll. Soc. Né. ser.* 1928 p. 379; nouveau projet de Code civil pour la Hongrie, *Festschr. für die Jurispr.* 1928, p. 1227.

244. Nous terminons ainsi avec notre étude sur les différentes parties de la loi. Nous avons vu, à cette occasion, quelle était la force obligatoire de la loi, et cela même, en dehors de ses dispositions proprement dites. Titre, notes marginales, renvois, tous contribuent au rôle de la formule légale, qui est d'assurer une meilleure réalisation et application du droit. Aussi, doivent-ils jouir de sa force obligatoire.

C. — *Éléments matériels qui complètent la loi*

245. L'insuffisance du texte dans l'interprétation de la loi a été souvent perçue par ceux qui sont appelés à en assurer l'application. La question de savoir quels étaient les éléments appelés à compléter cette insuffisance a varié suivant les époques ; alors que, pendant longtemps, les interprètes du Code civil déclaraient qu'il fallait rechercher la volonté du législateur dans le texte même de la loi et, dans le cas seulement de son insuffisance, dans les matériaux rédigés à son occasion et appelés à le compléter, une nouvelle conception s'est imposée depuis quelques dizaines d'années en cette matière : la loi n'est plus seulement l'expression de la volonté du législateur, elle est le résultat des facteurs économiques, politiques, sociologiques, moraux ; elle est destinée à assurer leur application et à varier avec leur composante.

La « jussion » du législateur ne doit donc plus être seulement recherchée dans le texte de la loi et dans les travaux préparatoires ; cela au moins pour les faits non prévus par lui et qu'il ne pouvait prévoir.

Un grand nombre d'autres éléments, tels que les travaux de doctrine, de jurisprudence, qui ont influencé sur la rédaction de la loi, doivent être consultés. Bien plus, on considère le texte légal comme indépendant de la volonté du législateur et comme ayant une vie propre. Dès lors, son domaine d'interprétation s'élargit ; il ne se réduit plus seulement à la loi et aux travaux prépara-

toires, mais s'étend à tous les phénomènes sociaux ou juridiques existant à ce moment. La loi est considérée comme devant suffire à leur application ; lorsqu'elle n'y suffit pas, le texte doit être modifié.

Telle est l'évolution accomplie aujourd'hui. Elle nous a paru intéressante à rappeler pour bien comprendre le rôle des éléments matériels rédigés en même temps que la loi, tels que le commentaire, les travaux préparatoires, etc... Ceux-ci perdent de plus en plus le caractère d'éléments uniques destinés à compléter la loi et à assurer son interprétation, pour devenir un des moyens d'interprétation employés par la pratique.

Quoiqu'elle soit diminuée, leur valeur n'a cependant pas disparu ; ils continuent à présenter de l'intérêt. La seule question qui nous semble ne pouvoir plus se poser aujourd'hui, est celle de savoir si ces éléments peuvent faire partie de la loi et avoir son caractère obligatoire. C'est ce que nous nous proposons de démontrer maintenant d'une façon plus approfondie.

246. Le préambule indiquait, dans les lois anciennes et même dans certaines premières codifications¹, le but de la loi, la raison supérieure poursuivie ; il arrivait ainsi à compléter la loi, à servir « de boussole pour les juges² ». Il se rapprochait par là de l'exposé des motifs et des travaux préparatoires : il s'en distinguait cependant en ce qu'il faisait partie même de la loi et était destiné à formuler les principes supérieurs auxquels la législation devait se conformer.

Le préambule a complètement disparu des lois modernes ; certains auteurs anciens³ demandaient encore que « ce commentaire raisonné » soit introduit dans le texte ; il constituait « la boussole » destinée à éclairer « la route... dans toute son étendue » et à rendre les citoyens « juges des juges ».

1. Tel est le cas des tout premiers projets de Codes civils autrichiens et du A. L. R.

2. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, œuvre traduite par Dumont, 3^e éd. Bruxelles, 1840, t. I, p. 250.

3. Bentham, *op. cit.*

On conçoit facilement qu'une telle façon de voir ne soit plus possible aujourd'hui ; la loi apparaît de plus en plus comme étant de « règle pure », comme ne pouvant ni motiver ni raisonner ses décisions. Elle empiéterait autrement dans le domaine de la doctrine, ce qui ne peut être admis.

Si cette question ne se pose plus aujourd'hui ¹, on a encore soutenu, à la fin du siècle dernier, la nécessité du commentaire dans la loi.

247. La nécessité d'un commentaire dans la loi s'explique par la conscience, chez les auteurs qui l'ont soutenu, de l'insuffisance de la loi, de l'impossibilité pour elle de comprendre la totalité des phénomènes de la vie juridique ; aussi, pour combler ses lacunes, pour indiquer « les considérations dont le législateur s'inspire en posant ses règles ² », « pour délimiter le but » de la loi et ses différentes parties, on demanda la rédaction d'un commentaire officiel. « Cette sorte d'explication authentique du texte législatif rendrait d'immenses services » : elle indiquerait le but, l'esprit de la loi et faciliterait par là le travail de l'interprète ; il faudrait pour cela qu'il fût voté par « le pouvoir législatif en même temps que le Code, faisant corps avec lui et ayant exactement la même force obligatoire ³ ».

Qu'est-ce à dire et la chose est-elle vraiment possible ? Nous tenons à déclarer, dès le commencement, que nous ne le croyons pas. L'erreur de base de cette conception est que l'auteur croit nécessaire que le législateur résolve toutes les controverses au moment de la rédaction de son œuvre ; en présence de l'insuffisance du texte légal, il demande à y suppléer par un commentaire ⁴. Or,

1. Van Der Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, p. 137.

2. Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, op. cit., 1896, p. 116.

3. Roguin, op. cit., p. 119.

4. L'auteur insiste aussi sur l'idée, considérée aujourd'hui comme erronée que, « le législateur seul fait le droit et que sa volonté seule doit servir à l'interpréter » (Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, Recueil publié par la Faculté de droit de Lausanne, à l'occasion de

nous avons suffisamment vu jusqu'à présent pour comprendre que cela n'est ni nécessaire ni même possible.

Ce n'est pas possible, parce que la multiplicité des faits ne peut se résoudre en une formule : la mobilité de la vie donne lieu à bien trop de controverses, pour que le législateur s'y attache à les résoudre toutes. Un tel travail ne présenterait aucun intérêt, car, à peine terminé, il serait insuffisant pour répondre aux nouvelles modifications de la vie ; ce serait un travail à recommencement continuel... Or, nous avons vu les dangers qui peuvent résulter des révisions partielles intervenant trop souvent : la sécurité nécessaire à la vie juridique en souffrirait. Aussi le législateur doit-il se contenter de poser des règles générales et d'abandonner un grand pouvoir d'interprétation à la jurisprudence.

L'intérêt de connaître la volonté du législateur au moment de la rédaction de la loi est certes nécessaire ; mais elle n'est plus aujourd'hui suffisante. La loi apparaît de plus en plus comme un fait social¹ et non plus comme l'expression fidèle de la volonté du législateur. C'est ce que le professeur Roguin n'a pas toujours compris² ; c'est ce qu'on ne peut plus méconnaître aujourd'hui impunément. A côté des faits prévus par le législateur, apparaissent des faits imprévus par lui et qui cependant, doivent trouver un cadre dans la loi. Pour ces faits, le commentaire, quelque bonne que soit sa

l'Exposition nationale suisse, Genève, 1896, p. 81). Quant à la nécessité pour le législateur de résoudre la multiplicité des questions qui se posent au moment de la rédaction, v. p. 82-83.

1. « Un texte, conclusion tardive de toute une période de conflits, de tâtonnements et d'essais de réglementation en fait de ces conflits, n'est jamais qu'une satisfaction retardée, donnée au besoin social; ce texte, à peine formulé et imposé, se fixe en harmonie peut-être suffisante avec les rapports juridiques qui ont présidé à sa naissance, en désaccord croissant avec les rapports juridiques consécutifs. Point fixe dans un milieu mouvant, dans un milieu qui se différencie sans cesse, il a besoin pour s'y adapter d'être perpétuellement remis d'accord avec l'évolution sociale », P. Isambert, *L'Évolution des études juridiques*, *La Science sociale*, 1897, t. XXII, p. 104; v. aussi Ihering, *L'esprit du droit romain*, t. IV, p. 132; Cuq, préface à la 1^{re} éd. des *Institutions juridiques des Romains*, 1891; Picard, *Le droit nouveau*, introduction au *Pandecte belge*, 1907, p. 20 et s.; A. Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, Paris, 1904, p. 100, 199, 207, 209.

2. « La loi est l'expression de la volonté du législateur et elle doit être interprétée conformément à cette volonté » (Roguin, *op. cit.*, p. 115).

rédaction, ne peut suffire ; l'incertitude que le législateur a voulu écarter de l'interprétation de la loi, en rédigeant un commentaire, y réapparaîtrait nécessairement.

Ce sont ces nombreuses considérations, ajoutées à celles déjà examinées plus haut, qui rendent complètement impossible l'existence d'un commentaire officiel. Aussi, ce système n'a-t-il pas été suivi dans les codifications nouvelles ; seul, le Code civil argentin fait exception à la règle et contient les notes du codificateur à la suite de ses dispositions. Cette dernière application a donné lieu aux critiques les plus fondées¹ : on demande avec raison que les dispositions du législateur soient de « règle pure », et que les motifs soient exclus du Code.

Le commentaire ne doit donc pas faire partie du Code même. Il ne peut écarter toutes les lacunes et toutes les difficultés d'interprétation ; il ne peut avoir qu'un rôle purement indicatif². Ainsi limité, il présente de l'utilité pour la pratique, en ce qu'il exprime la volonté du législateur.

Quelle est cette utilité ? Comment s'affirme-t-elle ? C'est ce que nous verrons en parlant du rôle des travaux préparatoires.

248. Les travaux préparatoires. — Pour comprendre le rôle des travaux préparatoires, il faut se rappeler ce qui a été dit au commencement de cet ouvrage au sujet des différentes phases d'élaboration de la loi. Elle s'accomplit dans les bureaux ministériels, dans les commissions, au Conseil législatif ; elle se poursuit dans les bureaux du Parlement et en séance... Les travaux préparatoires seront donc l'ensemble des documents appelés à constater et à exprimer cette élaboration.

1. A. Colmo, *op. cit.*, n° 82 p. 182 : après avoir constaté que « tous les codes modernes sont formés de règles pures, sans préambules, ni commentaires », l'auteur ajoute immédiatement : « Contrairement à l'usage consacré dans les Codes du monde entier, le Code argentin contient les notes du codificateur. A notre avis, ces notes n'ayant aucune force de loi, devraient être publiées à part » ; v. aussi n° 84, p. 183.

2. V. aussi Gény, *La technique législative*, *op. cit.*, qui constate que « personne ne soutient plus l'utilité des commentaires officiels dans la loi » (p. 1027) ; Earl of Halsbury, *The laws of England*, 1907, t. I, p. CCXV,

Tel est l'exposé des motifs qui accompagne le projet et qui est rédigé par son auteur pour indiquer la documentation employée, les statistiques existantes, enfin le but poursuivi... ; tels sont les rapports et résumés indiquant les discussions intervenues dans les commissions et bureaux, et les décisions prises ; tels sont enfin les comptes rendus des débats parlementaires, contenant les discussions et les discours prononcés en séance.

On comprend facilement que cet ensemble de documentation présente un intérêt informatif considérable ; il offre d'importants éléments d'interprétation de la volonté du législateur, puisque la loi n'est que l'aboutissement de l'ensemble de ces travaux. Bien plus, elle « présente forcément, sous une expression restreinte, la pensée juridique ; celle-ci a eu tout son développement dans les travaux préparatoires et peut s'y retrouver avec une abondance de considérations et de détails susceptibles d'éclairer sa nature véritable ¹ ».

Aussi certains auteurs accordent pleine valeur à l'intention du législateur telle qu'elle résulte de ces travaux ; ils invoquent, à l'appui de leurs affirmations, que la loi « n'est que l'expression officielle » de l'intention du législateur. Or, « rien n'empêche cette intention d'exister en dehors de son expression officielle, ni d'avoir d'autres expressions. Chacune de celles-ci possède sa valeur propre, indépendante de celle du texte. L'intention peut notamment résulter des travaux préparatoires ² » ; « cette volonté doit être admise, quand même elle n'aurait pas passé dans le texte ». Bien entendu, on ne ferait appel aux travaux préparatoires qu'en cas de lacunes ou d'obscurités dans la loi.

Certes, il y a beaucoup de vérité dans cette conception ; l'intention du législateur peut se manifester dans la loi d'une façon précise, impérative, ou n'exister qu'à l'état latent. Dans ce dernier cas, les travaux prépara-

1. Van Der Eycken, *op. cit.*, p. 140.

2. Van Der Eycken, p. 142 ; Picard, *Pandectes belges*, t. VI, p. XXXIX, qui blâme cette façon de voir.

toires ont une valeur propre ; ils s'imposent à l'interprète, mais dans la mesure seulement où ils sont d'accord avec l'esprit de la loi ; on ne comprendrait pas, en effet, à quoi pourrait servir la loi écrite, si l'intention du législateur pouvait se manifester à son encontre dans les travaux préparatoires¹. Aussi croyons-nous que ni l'interprète ni la pratique ne doivent oublier que : quelque soit l'intérêt des travaux préparatoires, ils ne constituent pas « un texte législatif² ».

Si cela est vrai, il y a lieu de se demander maintenant quelle est la valeur de ces éléments dans l'interprétation d'un texte³. On comprend facilement que, sous le système ancien où la volonté du législateur était l'unique source de la loi, les travaux préparatoires constituaient l'élément le plus important, presque unique, de cette interprétation ; aussi prirent-ils quelquefois un développement considérable⁴.

Il faut ajouter immédiatement qu'un tel système ne pouvait pas ne pas présenter des dangers : il retardait le travail de la doctrine, en l'obligeant à s'enfermer dans l'étude des textes et des travaux préparatoires. On retardait ainsi tout travail original et on arrivait à faire « de la science du droit une annexe de la théologie⁵ ».

Cela était d'autant plus dangereux que, le plus souvent, les motifs qui forment la partie la plus importante des travaux préparatoires n'avaient pas été soumis à la délibération et au vote des commissions ; les discours et les discussions intervenues n'avaient pas exercé une

1. V. Jacquelin, *Cours de droit administratif*, 1927-1928, p. 320, 321.

2. Juliot de la Morandière, Notes parlementaires, *Rev. trim. du Droit*, 1907, p. 849.

3. V. quant à la valeur accordée anciennement aux travaux préparatoires et quant à la distinction de la conception ancienne avec la conception nouvelle, Alfred Martin, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, Genève, 1909. Mémoires publiés à l'occasion du Jubilé de l'Université, 1909, p. 10-11 ; v. aussi pour l'Allemagne, Bähr, *op. cit.*, *Archiv für die Civilistische Praxis*, t. 73, 1888, p. 5.

4. C'est ainsi que l'Exposé des motifs du 1^{er} Projet du B. G. B. avait 19 tomes et 12.000 pages.

5. Larnaud, A propos du livre de Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand*, *Rev. critique de droit et de juris.*, 1890, t. XIX, p. 374.

influence décisive dans la rédaction du texte. Aussi, l'interprétation étroite de ces éléments risquait d'être la cause de grandes erreurs¹.

Nous avons vu comment, à l'ancienne doctrine qui fondait toute interprétation sur la recherche de la volonté du législateur, s'est substituée une théorie nouvelle, plus scientifique, basée sur l'importance sociologique de la législation ; désormais les lois ne doivent plus être interprétées conformément à la volonté, aux idées du législateur, mais d'une manière sociologique, comme « produit de toute une nation, dont le législateur est l'organe² ».

Les travaux préparatoires ont perdu, par là, de leur autorité ; on les considère, de plus, comme n'émanant pas du pouvoir proprement législatif³ ; la loi apparaît seule « comme la traduction de la pensée du législateur » ; quant aux travaux préparatoires, ils ne peuvent servir que de simples indications de cette volonté. Même dans cette fonction, ils peuvent être suppléés par n'importe quel autre moyen.

De plus, ce rôle, ils ne peuvent l'exercer que pour les

1. Mallieux, *L'exégèse des Codes*, 1908, p. 16-17 ; professeur Dr Hölde, *In Erlangen, zum Allgemeinen Theil des Entwurfes eines Deutschen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, op. cit. : après avoir constaté le caractère non officiel des Motifs du premier projet, l'auteur ajoute : « ils auront probablement (vorausichtlich) une importance égale pour l'application de la loi, que la loi elle-même ; aussi une critique scientifique prendra en considération, non seulement le texte de la loi, mais encore les motifs » (p. 325).

2. Kohler, *Lehrbuch des B. G. B.*, t. I, p. 124 ; v. aussi Saleilles, Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse, *Rev. intern. de l'Enseign.*, 1902, t. II. Tout en reconnaissant que le juge doit se laisser guider, dans l'interprétation de la loi, « par l'évolution des faits », l'auteur demande « de conserver l'harmonie d'ensemble du droit positif » (p. 322) ; Gény, La notion de droit positif au XIX^e siècle, *Rev. intern. de l'Enseign.*, t. XLI, 1901, p. 29-30 ; Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908, p. 62 ; Morin, L'individualisme du Code civil, *Rev. de métaphys. et de morale*, sept. 1917, p. 518 ; A. Colmo, op. cit., n^o 82 ; Saleilles, *Introduction au droit civil allemand*, 1904, p. 3 ; César-Fru, Méthodes d'interprétation du droit civil, *Rev. gén.*, 1904, p. 341.

3. Kohler, *Lehrbuch des B. G. B.* : l'auteur constate qu'il ne faut pas surestimer les travaux préparatoires d'une loi : « il dépend souvent d'un grand nombre de cas fortuits, si quelque chose a été ou n'a pas été dit... et ces manifestations parlementaires n'ont pas plus d'importance que chaque volonté concordante » (p. 131). V. aussi Décision du Reichsgericht du 3 mai 1902, t. 51, p. 274 (cité d'après Kohler, op. cit., p. 131) qui déclare : « les motifs ne pourraient pas avoir une importance décisive pour l'interprétation de la loi puisqu'ils n'ont ni la destination, ni le pouvoir de déclarer la loi, étant donné qu'ils n'émanent pas du pouvoir législatif ».

faits prévus par le législateur ; pour ceux que le législateur ne pouvait prévoir, interpréter la loi ne signifie pas rechercher la volonté du législateur puisque celle-ci ne peut exister en principe, mais rechercher son application pratique. Aussi, le rôle des travaux préparatoires ne peut-il plus s'affirmer en ce cas.

Ils conservent néanmoins quelque importance. Cela, d'abord, pour les rapports et statistiques qui ont servi à la rédaction de la loi ; ils font connaître à la science l'origine et la raison profonde des dispositions, le développement de la pensée du législateur dans les différentes phases de l'élaboration de la loi ; ils lui permettent d'en mieux comprendre le sens¹. En effet, toute loi doit être interprétée non seulement en fonction des situations présentes, mais de celles qui ont dominé lors de son éclosion².

Aussi croyons-nous que la rédaction des travaux préparatoires doit se faire dans les meilleures conditions possibles, afin de présenter des garanties plus amples de sérieux³, cela surtout pour l'exposé des motifs et les rapports qui accompagnent le texte de la loi. On arrivera ainsi à faciliter la compréhension du sens de la loi ; en effet, alors que le texte de loi est soumis aux discussions et au vote en séance, l'exposé des motifs ne l'est pas. Cela fait sa faiblesse et souvent... sa supériorité pratique : n'émanant pas de la volonté proprement dite du législateur, il n'a qu'une valeur privée indicative. Mais cette valeur est importante si la rédaction de l'exposé émane du rédacteur même de la loi ; n'étant pas soumis aux risques des modifications et altérations en séance, il nous indique, d'une façon souvent meilleure, la raison d'être et le sens du texte de la loi. Il importe

1. Aussi est-ce avec raison, croyons-nous, qu'on a vu dans les travaux préparatoires l'un des éléments de « l'apport d'un peuple à l'œuvre juridique et juridique ». (Larnaude, *Les sciences politiques et juridiques*, p. 19).

2. V. même sens Saleilles, *Introduction au droit civil allemand*, p. 3 ; Meynial, La déclaration de volonté, *Rev. trim. du droit privé*, 1902, p. 546 ; Gény, *Science et technique*, t. III, qui déclare que l'interprétation de la loi « n'est possible qu'en fonction des intentions de son auteur » (p. 87).

3. V. même sens Laurent Lettre au ministre de la Justice, *Projet de Code civil*, p. 11 ; Speyer, *La réforme de l'Etat en Belgique*, p. 91.

cependant d'ajouter que ce sens n'est pas toujours d'accord avec celui de la loi ; cela, pour le cas où ce dernier a subi de grandes modifications dans la discussion.

Tout en reconnaissant la valeur indicative de l'exposé des motifs et des travaux préparatoires, il importe que l'interprète ne leur accorde pas un caractère absolu ; le sens peut souvent n'être pas d'accord avec celui du texte. Dans ce cas, c'est ce dernier qui l'emporte, car seul, il exprime la volonté réelle du législateur ; aussi, cette volonté doit-elle être clairement exposée afin de permettre à la loi de se suffire à elle-même ¹. Le caractère sociologique de la loi exige de l'interpréter à la lumière des travaux doctrinaux ou jurisprudentiels qui ont influencé sa rédaction.

Les motifs du législateur ne doivent pas être compris dans la loi ; le texte légal commande, mais ne raisonne ni ne motive pas. Il acquiert à un moment donné une valeur indépendante de la pensée du législateur, qui seule lui permet d'évoluer et de s'adapter à la vie ².

249. En résumé, nous avons vu que l'idéal en matière de technique législative consiste en ce que toute formule légale ait un caractère de « règle pure », de cadre s'affirmant et s'imposant à la vie. Nous avons vu que cet idéal n'était pas encore atteint et que, souvent, à côté de règles pures apparaissent d'autres dispositions, ayant un caractère plus ou moins développé, d'explication principale, de raisonnement. Nous avons passé aux éléments de la loi autres que les dispositions légales proprement dites ; nous avons vu quelle était leur valeur pratique

1. Il faut constater le caractère défectueux de nos lois, s'affirmant à ce point de vue ; « on refuse de préciser un texte, sous prétexte que l'explication s'en trouve dans les rapports, exposés des motifs et discussions, oubliant que ce qui peut être dit dans le texte lui-même, vaut cent fois ce qu'on doit rechercher péniblement dans les travaux préliminaires » (Picard, *L'andectes belges*, t. VI, p. XXXIX) ; Bentham lui-même avait demandé que « le texte de la loi soit la mesure (the standard) de la loi », v. Earl of Halsbury, *The laws of England*, 1907 t. I, p. CCXV : aussi l'auteur demande-t-il que la loi se suffise toujours à elle-même, sans qu'il soit besoin de faire intervenir dans le texte des explications, p. CCXVI ; v. aussi Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. I, p. 119 ; A. Colmo, *op. cit.*, n° 82.

2. Mallieux, *op. cit.*, p. 249 ; Titulesco, *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, thèse Paris, 1907, p. V ; Cuq, préface à la 1^{re} édition des *Institutions juridiques des Romains*, 1891.

et les dangers qu'ils pouvaient présenter. Nous avons conclu à la nécessité pour le législateur de leur accorder le caractère obligatoire de la loi, puisqu'ils en font déjà partie.

Enfin, nous avons examiné les autres éléments matériels intervenant dans la loi et qui sont souvent appelés à la compléter. Tout en reconnaissant leur valeur indicative, nous avons essayé de montrer quels étaient les dangers qui résultaient de leur emploi abusif.

Aujourd'hui, plus que jamais, la mobilité de la vie demande que le texte légal ait une valeur indépendante, se suffisant à lui-même ; les motifs ne peuvent être inscrits dans la loi, de peur d'en retarder l'évolution. Car la loi est avant tout une règle pure faite pour la vie et destinée à la régir.

II. — *Ton des formules légales et caractères qui leur son propres.*

250. Il est sans doute très difficile de distinguer d'une façon précise, la nature proprement dite des caractères de la loi ; nous verrons, en effet, au commencement de cette section que la question du « ton » des dispositions légales, de leurs caractères supplétif ou impératif, se réfère à la nature de la loi ; ausssi, l'avons-nous placé en tête de nos développements à suivre.

Si nous avons cependant maintenu ce plan, c'est qu'il nous a semblé nécessaire pour faciliter notre exposé : les problèmes traités en premier nous paraissent plus intimement liés à l'individualité même, à la composition des dispositions, que celles de notre deuxième section. Nous entrons ici plus intimement en matière de technique législative proprement dite.

Cette matière, nous l'avons déjà dit au commencement de notre ouvrage, est conditionnée et réglée par deux principes contraires : celui de la sécurité et de l'adaptabilité de la loi à la vie. Suivant que l'un ou l'autre

l'emportent, les problèmes que nous aurons à résoudre recevront des solutions différentes.

Or, le développement plus ou moins grand de ces principes est en fonction des institutions de fond dans lesquelles ils s'appliquent ; la matière du droit des choses, par exemple, demandera une réglementation plus précise, une description plus compréhensible que celle du droit de famille. Nous touchons ici, d'une façon plus intime, aux rapports profonds existant entre la forme et le fond et à l'impossibilité d'étudier les questions de technique législative sans avoir une vue d'ensemble sur les éléments matériels. Certes, la technique législative a ses règles propres, mais celles-ci sont influencées, déterminées souvent même par les différents éléments de fond qui interviennent dans la composition de la loi. Nous y avons souvent insisté, nous espérons pouvoir le démontrer d'une façon approfondie au cours de toute cette section.

Cela dit, il y a lieu d'examiner maintenant quels sont les caractères propres des dispositions légales. Nous nous proposons de les étudier en trois sous-sections successives.

Nous avons dit que le législateur commande, ordonne ; ses dispositions présentent donc un caractère impératif. Nous verrons, au cours de nos développements à suivre, que cette règle, qui s'appliquait d'abord d'une façon absolue, disparaît aujourd'hui presque complètement de nos Codes civils.

A côté des dispositions de la loi présentant un caractère de commandement apparaissent des règles supplétives appelées à remplacer en cas de besoin la volonté des parties et auxquelles celles-ci peuvent toujours déroger ; les règles impératives sont réduites souvent dans nos Codes à l'état d'exceptions. Le législateur semble intervenir en matière de Code civil pour suppléer à la volonté des parties et pour les aider dans leur tâche.

Nous verrons jusqu'à quel point cela est vrai et si des tendances nouvelles ne semblent pas se manifester. Il

importe aussi de savoir si l'ancienne distinction entre les règles impératives et supplétives doit être maintenue, ou si, à cette distinction, il ne faut en ajouter d'autres. C'est ce que nous dirons au cours de notre première partie qui portera sur le caractère impératif ou supplétif de la loi.

Le caractère de positivité de la loi exige, avons-nous vu, d'assurer son application à toutes les situations concrètes venant à se présenter dans la vie ; pour éviter les contestations que pourrait entraîner cette application, la loi devrait même indiquer dans ses formules les éléments de fait auxquels elle s'applique. Cet idéal ne peut certes encore être atteint : la multiplicité des aspects de la vie est telle qu'on ne peut la saisir en son entier. Aussi suffit-il que le législateur se contente de fixer dans ses formules les principales situations concrètes de la vie. Leur caractère général en facilitera l'application à des situations secondaires non prévues par elles ; les formules conserveront ainsi de multiples rapports avec les diverses situations de la vie. Il en est tout autrement lorsque, partant des situations concrètes, le législateur en dégage ce qu'elles ont de commun, pour formuler ses règles abstraites. Quelle est la valeur de chacune de ces règles ? Quel est leur degré de compréhension ? C'est ce que nous dirons dans une sous-section que nous leur consacrerons.

Nous nous proposons enfin d'examiner, dans notre troisième partie, la question de savoir si le législateur doit régir dans ses formules des situations générales ou bien des cas particuliers. Cette question, qui semble se rapprocher de celle du caractère abstrait ou concret de la loi, s'en distingue cependant, en ce qu'une situation concrète peut présenter un caractère plus ou moins général ; aussi ne faut-il pas confondre concret et particulier : ce sont deux caractères distincts, comme nous le verrons par la suite.

Tel est l'objet de cette étude : 1° Supplétif ou impératif ; 2° concret ou abstrait ; 3° particulier ou général.

Pour bien comprendre l'importance du caractère général des formules, nous aurions dû terminer cette sous-section avec le rôle du juge dans la loi. La fonction que celui-ci est appelé à remplir nous a paru cependant d'une telle importance pour la technique législative d'avenir, que nous nous proposons de lui consacrer une sous-section à la suite de celle-ci et du caractère général de la loi ; nous assurerons de la sorte une continuité suffisante, tout en facilitant l'exposé de notre sujet.

A. — *Supplétif ou impératif.*

251. Le Code civil est appelé à régir les rapports de la personne dans ses relations de famille et de société. Or, parmi cet ensemble de prescriptions, certaines sont destinées à organiser la vie sociale, à imposer à l'individu des règles rigides, fixes, sans que celui-ci puisse les modifier. Ce sont des règles nées et imposées dans l'intérêt supérieur de la collectivité. Tel est l'ensemble des dispositions se référant à la capacité des parties, aux pouvoirs de la femme mariée, enfin à toutes les règles que nous avons placées sous le titre de « Facteurs politiques dans le Code ».

On les rencontre non seulement en matière de famille, de capacité, mais aussi et surtout en celle du droit des choses ; elles fixent souvent les formes et les délais dans lesquels la loi impose l'exécution d'un acte et dont elle empêche les modifications. On les appelle règles constructives¹, en ce qu'elles sont destinées à construire, à organiser la vie juridique ; on les désigne le plus souvent sous une forme absolue, impérative, en ce que le législateur conserve ici encore son rôle de commandement. Aussi, s'imposent-elles aux parties et au juge : ni l'un ni l'autre ne peut les modifier ; car la loi les a

1. Il en est de même pour la matière des contrats où les règles impératives constituent « les cadres nécessaires du contrat » (Truchy, *Contrat de travail*, Société d'Etudes législatives, séance du jeudi 13 décembre 1906, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 442).

établies dans et en vue d'un intérêt supérieur de la vie¹.

Le caractère rigide de ces règles demande des formes appropriées ; c'est ce que le législateur ancien a toujours compris. Il suffit de parcourir les Douze tables, par exemple, pour nous rendre pleinement compte de la forme absolue, impérative, qui leur est réservée. Cette forme conservait à la disposition légale son caractère de commandement, s'imposant à tous et n'admettant pas de modifications.

Certes, cela était facile dans un monde juridique restreint où la norme légale avait seulement pour but de défendre, de commander, ou d'organiser des sanctions ; le nombre de telles dispositions était sans doute limité, le caractère pénal prédominait... ; ce qu'elles perdaient en adaptabilité, en facilité d'évolution, elles le gagnaient en sécurité. Or, c'est ce qui importait surtout en un monde juridique peu évolué où le domaine légal n'était pas du tout développé. Aussi, les dispositions légales s'exprimaient-elles toujours dans la forme impérative ; l'ordre du législateur conservait ainsi l'autorité et la forme de l'ordre divin...

La forme impérative de la loi continue à être employée dans l'ancien droit ; la plupart des lois et des ordonnances de l'ancien droit français s'expriment sous cette forme. Cela s'explique ici encore par le faible développement du domaine de la loi, cela s'explique aussi par le besoin de sécurité qui domine encore cette époque. Le législateur romain prévoyait un certain nombre de cas, individuellement déterminés, et en organisait la sanction. Le législateur de l'ancien droit n'intervient aussi que pour des cas limités : ces dispositions ont encore trop souvent un caractère pénal et se réfèrent à la forme et aux délais des actes. On comprend que pour

1. On a quelquefois donné à ce terme un autre sens ; on a vu dans les règles constructives des lois qui « aménagent les voies de contraintes ». Quant aux règles normatives, elles se limiteraient à poser des « directives, des sources d'inspiration » pour le juge. V. Duguit. *op. cit.*

ces cas, — que nous avons rangés dans la catégories des normes constructives, — le législateur emploie encore la forme impérative ; la loi apparaît comme un ordre qui doit s'imposer dans tous les cas.

Il faut ajouter encore, qu'à côté de la forme impérative légale, il s'était développé dans l'ancien droit, dans les travaux de doctrine et dans les coutumes, une forme nouvelle, appropriée, qui passa presque complètement dans nos Codes civils. C'est celle dont nous parlerons maintenant. Mais avant d'y passer, nous tenons à constater, après d'autres, que la forme purement prescriptive disparaît aujourd'hui souvent de nos Codes ¹.

252. A côté et en plus des normes constructives dont nous venons de parler, le Code contient un ensemble de règles destinées à diriger la vie juridique, à lui tracer des directions larges et en même temps assez précises pour lui assurer une sécurité suffisante dans son évolution. Elles n'organisent pas la vie, mais lui servent de normes d'évolution ; aussi les appelle-t-on souvent règles normatives pour les opposer aux règles constructives proprement dites. Elles se distinguent des autres par leur caractère moins absolu, plus élastique, plus adaptable ; elles sont plus difficiles à fixer que les premières. C'est ce qui en fait la force et quelquefois la faiblesse.

Quant au but poursuivi, ces règles ne tendent pas tant à ordonner ou à interpréter la volonté tacite des parties que de créer des directives, des systèmes permettant aux volontés individuelles d'atteindre des buts économiques déterminés ; elles suppléent à leur défaillance et règlent leurs rapports, à défaut de conventions contraires. Elles trouvent leur base et leur raison d'être dans le principe

1. V. Saleilles, *Rev. intern. de l'Enseign.*, 1890, t. XIX, p. 139 ; Korkounov, *Cours de Théorie générale du droit*, 1914, p. 198 ; Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, t. I, qui, parlant des règles impératives établies par le B. G. B., ajoute : « Ces cas du B. G. B. ont ceci de commun que les règles arrêtées dans l'intérêt du salut public, devront être respectées comme intangibles » (p. 35). V. même page, exemples de telles règles citées par l'auteur ; v. aussi A. Colmo, *op. cit.*, qui déclare que : « les préceptes réellement impératifs sont en général des prohibitions motivées par des intérêts d'ordre public » (p. 186, n° 93).

de l'autonomie de la volonté qui régit l'ensemble de nos Codes. Or, comme ce principe est à la base de la totalité des institutions civiles, la catégorie des règles supplétives se trouvera disséminée dans l'ensemble du Code ; elle se trouve surtout affirmée en matière de conventions qui est le siège du principe de l'autonomie de la volonté.

On comprend donc l'importance qu'elles sont appelées à avoir dans nos Codes modernes. Désormais, le législateur ne se contente plus de défendre, d'ordonner ou d'organiser des sanctions ; il trace le système des conventions nouvelles, il fixe les lignes de l'activité juridique normale, tout en permettant aux parties d'y déroger. Ces directions doivent avoir des formes élastiques, souples, suffisamment compréhensibles pour la totalité des situations juridiques venant à se présenter ; elles peuvent être modifiées par les parties et par le juge. Il en est tout autrement des règles impératives qui exigent des formes précises, fixes, afin d'assurer la sécurité nécessaire à la vie.

Nous avons vu que la catégorie des règles supplétives était basée sur le principe de l'autonomie de la volonté. On a pu se demander, à cette occasion, si ces règles présentaient encore de l'utilité, s'il ne valait pas mieux les écarter et laisser libre cours à la volonté des parties.

Certes, le caractère impératif est le propre des dispositions législatives ; nous l'avons dit nous-même au commencement de notre chapitre. Mais il peut présenter des degrés divers, il peut même disparaître complètement en présence de la volonté contraire des parties. Cela n'enlève pas le caractère obligatoire de la règle pour toutes les hypothèses où la volonté contraire ne se manifeste pas. De plus, autonomie de la volonté, « cela ne veut pas dire que la loi doive se désintéresser de la direction juridique prise en quelque sorte par la volonté contractuelle »,... « ... c'est à la loi qu'il appartient de réglementer les divers mécanismes juridiques mis à la disposition des parties en vue de la réalisation des diffé-

rents buts économiques qui correspondent aux différentes exigences de la vie ¹ ».

253. Ainsi donc, les règles supplétives conservent toujours de l'intérêt ; elles complètent la volonté des parties et elles la dirigent vers les buts économiques et sociaux ². Il faut d'ailleurs ajouter que la catégorie des règles supplétives ne se présente jamais dans la vie à l'état isolé ; elle s'entremêle à chaque instant aux règles impératives.

Certes, le ton prescriptif a souvent disparu de nos Codes ; nous le verrons dans nos développements qui suivront. Mais, si le caractère impératif n'est pas dans la forme, dans le ton, il l'est souvent dans l'idée qui anime les prescriptions légales nouvelles ; le législateur intervient de plus en plus pour imposer des obligations aux parties et pour leur défendre d'y déroger ; au nom de principes d'ordre public il rétablit l'équilibre rompu ; il ne se contente plus de proposer aux parties des règles qu'elles puissent suivre ou non ; il va plus loin et formule des prescriptions impératives qui « constituent le cadre nécessaire du contrat ³ ».

Il y a là une véritable transformation qui s'accomplit sous l'influence d'une législation sociale ; les dispositions impératives limitent de plus en plus le cadre des règles supplétives. Mais à côté, et parallèlement à cette tendance, un autre mouvement s'affirme : la loi devient de

1. Le juge peut les modifier pour les adapter d'après les nouveaux besoins. Il joue alors « le rôle d'arbitre » ; v. Saleilles, *Rev. intern. de l'Enseign.*, 1890, t. XIX, p. 140 ; Saleilles, Cession de dettes, *Ann. du droit com.*, 1890, p. 40-41 ; v. aussi Cromé, *System des Deutschen Burgerlichen Rechts*, t. I, 1900, Tubingen. Après nous avoir cité un grand nombre d'exemples de règles supplétives élastiques, l'auteur ajoute : « dans tous ces cas, on n'ouvre pas la porte à une volonté arbitraire, subjective. La loi renonce dans l'intérêt d'une justice plus équitable à une règle fixe une fois pour toutes et laisse à l'intelligence objective du public le soin de la compléter » (p. 66).

2. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1901, p. 196 ; v. aussi Gounot, *op. cit.*, qui constate que le législateur édifie, pour chaque variété d'opérations que les besoins sociaux ont fait naître, un système plus ou moins volumineux de lois dites supplétives ou complémentaires, dont le but vrai n'est pas tant... d'interpréter des volontés individuelles tacites, que de constituer pour les contrats à intervenir le milieu juridique le plus propice à la réalisation de la justice et à la satisfaction harmonieuse de chacun et de tous » (p. 350).

3. V. note 1, p. 580.

plus en plus souple, élastique... C'est ce que nous verrons lorsque nous parlerons du caractère spécial ou général de la loi.

Il reste à nous demander maintenant si cette distinction entre les règles supplétives et impératives doit subsister, et dans le cas affirmatif, si elle doit être marquée par des formules spéciales. Enfin, si, à cette division, il ne faudrait pas en ajouter d'autres et distinguer, avec certains auteurs, — dans les formules supplétives, — deux ordres de dispositions : les règles interprétatives et déclaratives ¹.

Quant à la question de savoir si la distinction entre les deux règles doit être maintenue, nous croyons avoir suffisamment démontré, — pour y revenir, — qu'elle correspond à la nature même des prescriptions légales. Parmi celles-ci, il y en a qui organisent la vie civile, qui posent les bases même de l'ordre juridique spécial à chaque civilisation ; aussi ne peut-on les modifier sans porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs. D'autres facilitent les accords des parties en créant un système de règles destinées à régir les conventions, à moins de clauses contraires. La rapidité dans la conclusion des affaires rend, en effet, souvent impossible que les parties puissent prévoir à l'avance la totalité des effets de leurs actes ; il faut alors que le législateur intervienne pour suppléer à leur insuffisance. C'est le domaine propre et principal des règles supplétives ².

1. V. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse, Dijon, 1912, p. 91 ; v. Picard, *Les constantes du droit*, p. 30, note 1, une nouvelle division des lois en : impératives, attributives, explicatives, interprétatives ; Lucien Brune, *Le rôle du juge en droit civil suisse*, thèse Grenoble, 1920, p. 97 ; Colmo, *op. cit.*, qui distingue aussi les dispositions purement supplétives, en interprétatives et déclaratives, c'est-à-dire réglementaires. Et l'auteur nous déclare que : « ces deuxièmes abondent dans le Code. Elles correspondent en principe à des préceptes génériques : personnes, choses, faits juridiques, obligations » (p. 197, n° 94) ; v. aussi R. Saleilles, *Introduction au droit civil allemand*, 1904, qui distingue les dispositions supplétives en disposites, et interprétatives (p. 50).

2. V. cependant Gounot, *op. cit.*, qui constate que « le législateur n'a plus, en la volonté privée, la confiance d'antan. Il nous le prouve par l'insistance qu'il met à réglementer plus étroitement les principales conventions. Depuis un quart de siècle, les dispositions impératives ou d'ordre public... se sont multipliées dans des proportions étonnantes ; la formule « toute

Il faut d'ailleurs ajouter que le législateur ne doit consacrer, en cette matière, que les règles entrées dans la pratique et l'usage commun des parties ; ce n'est qu'ainsi que celles-ci pourront obtenir la sécurité nécessaire.

Il nous semble que le législateur doit continuer à poser les règles impératives et supplétives, cela au moins pour les cas plus importants. Il facilite ainsi le travail de la pratique, tout en lui accordant une sécurité suffisante. Si cela est vrai, il faut cependant ajouter que tout excès en cette matière peut présenter de grands dangers.

Certes, c'est au législateur qu'il appartient d'indiquer le « permis » et le « prohibé » ; mais en augmentant les règles impératives, il diminue la sphère de liberté et d'action de l'individu. Or, nous l'avons souvent dit, on ne peut concevoir le droit sans l'action et sans la liberté individuelle qu'elle suppose. Cette restriction doit se faire par l'emploi de formules larges, souples et cependant suffisamment précises pour conférer aux parties la sécurité nécessaire. Faut-il des formules spéciales par leur ton et leur construction ? Nous le verrons bientôt dans l'étude que nous entreprendrons au sujet des différentes codifications.

Nous tenons à dire dès maintenant que des distinctions trop précises risquent de paraître insuffisantes ; la vie se modifie trop souvent pour pouvoir y être contenue ; de plus, où finit le système et où commence le cadre des conventions légales ? On voit les difficultés qui peuvent en résulter. Ce sont elles qui expliquent pour beaucoup les nombreuses discussions doctrinales qui existent lorsqu'il s'agit de préciser le domaine respectif des règles supplétives et des règles impératives.

Nous nous proposons maintenant d'étudier le ton des règles supplétives et impératives dans le Code civil français, Code civil allemand, Code civil suisse.

stipulation contraire est nulle » ou « nonobstant toute clause contraire », est devenue comme l'« inévitable refrain de toutes les lois nouvelles » (p. 434) ; notamment en matière de travail, p. 435, note 1 ; v. aussi pour l'intervention du législateur par voie de règles impératives dans la matière des obligations du Code civil français, Gounot, *op. cit.*, p. 387.

254. *Code civil français.* — La question de savoir si le Code civil français a consacré la distinction entre les règles ci-dessus donne lieu à de grandes difficultés. On a soutenu en effet, pendant longtemps, en doctrine, que le législateur avait connu et appliqué la distinction ; aussi, pour savoir si on se trouvait en présence d'un texte supplétif ou impératif, il fallait tenir compte de la forme employée par le législateur.

Certains auteurs distinguaient même entre les lois prohibitives et impératives. Les premières se référaient toujours à des questions d'ordre public ; elles impliquaient « qu'un intérêt général et supérieur est en cause, comme c'est le cas pour les articles 144 & 217 ». Quant aux dispositions impératives, elles ne seraient d'ordre public que dans certains cas, « lorsque les textes, sous la forme » d'un commandant, contiennent une véritable prohibition », ainsi qu'on le voit dans les articles 991 et 1101 ; hors de là, elles ne seraient que comminatoires et les parties pourraient y déroger librement ¹ ».

Cette ancienne théorie est aujourd'hui complètement abandonnée ² ; rien ne prouve, en effet, dans l'étude des textes, que le législateur ait voulu l'appliquer d'une façon suivie, et établir une distinction entre les dispositions prohibitives et les règles impératives.

Quant à la division du Code entre les prescriptions supplétives et impératives, il y a dans les travaux préparatoires un texte très cité ³ ; il prouve que le Conseil d'Etat avait demandé l'emploi « du futur » dans tous les textes appelés à ordonner ou à défendre. La raison indiquée est que les lois anciennes employaient en cette matière l'impératif. « Or, nous dit le rapport, en français le futur remplace l'impératif et convient par conséquent à la rédaction des lois qui sont faites pour ordonner ou

1. Charles Beudant, *Traité de droit civil français*, Introduction, t. p. 128 et s.

2. V. Bibliographie citée par Charles Beudant, *op. cit.*, p. 130.

3. Andrieux, Rapport présenté à l'Assemblée générale de Rédaction, Fenet, t. IV, p. 52.

pour défendre¹. » « Quant aux autres textes, ajoute-t-il, on y emploiera le présent. »

Ce texte prouve d'une façon précise que la nécessité de l'emploi d'une formule spéciale pour les articles qui contenaient des ordres ou des défenses a été perçue par le législateur français. Nous ne croyons pas cependant qu'il ait essayé de l'appliquer d'une façon continue. Certes, l'article 6, C. C. déclare annulables toutes les conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; mais les textes où le Code fait application de ce principe ne sont pas nombreux². De plus, si nous trouvons employé le futur d'une façon suivie dans la matière des donations et substitutions, — lorsque le Code se réfère aux formes et à la validité de ces actes, — il n'en est plus ainsi pour les articles 215 et suivants, sur les pouvoirs de la femme mariée, qui constituent incontestablement des règles impératives.

Il en résulte que nous ne trouvons pas dans le Code un système affirmé et appliqué d'une façon précise en cette matière ; l'emploi du futur pour les règles prohibitives en matière de donations s'explique sans doute par des raisons traditionnelles spéciales³.

Mais si cette distinction n'existe pas dans la forme, il n'en est pas de même quant au fond ; l'idée de dispositions impératives s'opposant aux prescriptions supplétives s'affirme dans le Code. En écrivant l'article 6 et ses applications d'une part, l'article 1134 d'autre part, le législateur civil a nécessairement voulu la consacrer. Il ne l'a pas fait lui-même d'une façon précise et suivie, parce qu'il s'est rendu compte que la notion d'ordre public et de bonnes mœurs était une notion changeante, évoluant suivant l'appréciation du moment ; aussi, tout

1. V. *op. cit.*

2. V. Morin, L'individualisme du Code civil, *Revue de métaphysique et de morale*, septembre 1917. L'auteur constate que « les lois impératives sont très rares dans le Code de 1804 ; la plupart des dispositions légales sont purement supplétives de la volonté des parties » (p. 526) ; v. aussi Ray, *op. cit.*, p. 266-267.

3. Le codificateur de 1804 s'est contenté souvent de reproduire ici le texte des ordonnances de 1731, 1735, 1747 qui employaient cette forme.

en posant certains principes, tout en indiquant les principales applications, le Code civil français n'a pas distingué, par des formules spéciales, les dispositions impératives des autres. Cela a présenté le grand avantage de laisser liberté entière à la doctrine pour construire une théorie des actes impératifs plus conforme et plus appropriée aux différentes époques de la vie.

Un tel système peut sans doute présenter des dangers, donner lieu à des discussions souvent insolubles³ ; il présente le grand avantage pratique d'avoir permis au Code de subsister pendant un siècle, tout en s'adaptant aux besoins moraux de l'heure.

255. Code civil allemand. — A l'exemple du Code civil français, le B. G. B. confère pleine liberté aux parties pour contracter, tester ou rédiger leurs conventions matrimoniales. Ce qui l'emporte ici encore, ce sont les règles supplétives. Le législateur se contente d'établir des règles pour le cas de défaillance des parties, tout en leur permettant d'en déroger par conventions contraires. Il s'en différencie cependant par les nombreuses formules spéciales qu'il emploie à ce sujet.

Aussi la doctrine allemande distingue-t-elle deux sortes de règles supplétives : elles interviennent, dit-elle², « d'abord comme une partie de l'ordre civil » ; c'est le cas des systèmes légaux établis par le législateur en matière de successions, régimes matrimoniaux, etc... ; dans ce cas, « cet ordre doit être en vigueur comme ordre... simplement légal ». Les parties peuvent y déroger dans la mesure prévue par la loi.

Elles interviennent aussi pour compléter la volonté

1. V. Gounot, *op. cit.*, qui, parlant de la distinction des lois, en supplétives et impératives, constate : « nous n'ignorons pas que nous touchons à l'une des questions les plus confuses et les plus désespérément obscures de tout notre droit, vrai cauchemar pour les juristes ». Et l'auteur ajoute qu'on n'est d'accord « ni sur le sens précis, ni sur la terminologie » (p. 91 et note 2) ; v. quant aux difficultés de distinguer les dispositions impératives et dispositions supplétives, dans le contrat d'assurances, Lyon-Caen, Déclarations à la Société d'Etudes législatives, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, séance du jeudi 6 juillet 1905, p. 41.

2. V. notamment Endemann, *op. cit.*, t. I, p. 34.

des parties : c'est le cas des différentes conventions ou actes juridiques existant dans la loi. La valeur des règles supplétives n'est plus dans le texte légal, mais dans la volonté présumée des parties. Sans nous arrêter à ces distinctions subtiles, nous tenons à relever seulement que le B. G. B. emploie des formules spéciales pour désigner la nature supplétive, — ou déclarative, — de ses règles¹ ; ces formules sont d'ailleurs suffisamment nombreuses, ce qui donne lieu, comme nous le verrons bientôt, à des difficultés².

La tendance d'indiquer la nature des dispositions par des formules spéciales apparaît aussi lorsqu'il s'agit de prescriptions impératives ; les auteurs allemands sont d'accord pour reconnaître que le terme employé dans ce cas est le verbe « muss », « kann »³ ; la force de ces termes indique la valeur absolue des dispositions. Celles-ci n'interviennent que pour des raisons d'ordre public, d'organisation et de protection juridiques ; l'atteinte portée à la liberté individuelle par le législateur présente, en effet, des dangers suffisants pour être admise trop facilement.

Tel est le système consacré par le législateur allemand en la matière qui nous occupe ; il admet la distinction entre les règles impératives et supplétives ; il l'exprime par des formules appropriées⁴ ; le ton des règles impé-

1. V. quant aux formules employées pour indiquer les règles supplétives, Endemann, *op. cit.*, p. 35 : l'auteur constate qu'il est très difficile de limiter d'une façon précise le domaine des règles supplétives des autres, v. p. 36 ; Cromé, *op. cit.*, p. 66.

2. Pour exprimer de telles règles, le Code civil allemand n'emploie pas la forme impérative, mais la forme indicative, Hermann Weck, *op. cit.*, p. 28.

3. Le Code civil allemand emploie le verbe « muss », « kann » pour indiquer la forme impérative, absolue de ses dispositions, le verbe « soll » pour la forme supplétive. Cette tendance se manifeste dans le premier projet ; aussi ne comprenons-nous pas qu'on ait pu affirmer que « le projet s'abstient régulièrement de désigner expressément le caractère des règles juridiques (impératives, supplétives) en laissant ce soin à l'interprétation ». On admet néanmoins qu'il en est autrement pour le cas où « l'équivocité ou l'importance d'un cas demandent une précision », *Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich*, Band I, Allgemeiner Theil, 1888, Verlag von J. Guttentag, p. 17.

4. V. quant à la forme habituellement employée pour désigner les règles supplétives, Saleilles, *La déclaration de volonté*, 1901, p. 199.

ratives marque souvent leur caractère absolu.

Une étude plus approfondie suffit à nous prouver que ce système est peu précis et donne souvent lieu à des contradictions. *Le manque de précision* résulte du grand nombre de formules employées par le législateur ; le B. G. B., a-t-on déclaré avec raison, « n'est pas sorti d'un véritable conglomérat de moyens d'expressions techniques et n'est pas parvenu à une expression claire au sujet des dispositions supplétives et impératives ¹. Aussi les auteurs ne sont-ils pas toujours d'accord au sujet des limites à établir entre les règles supplétives et les autres. L'expérience faite par le législateur allemand prouve suffisamment que le législateur ne peut établir d'une façon précise, par le moyen du ton employé, la distinction entre les règles supplétives et les autres. Il faut, et il suffit, croyons-nous, qu'il se contente de poser des règles suffisamment larges pour défendre les atteintes portées à l'ordre public dans le sens le plus général.

Quant aux cas particuliers où le législateur veut édicter une règle impérative, il faut qu'il le dise d'une façon expresse, et cela, non seulement par le ton employé, mais par la rédaction même de sa formule. L'emploi d'un terme spécial, tel que le fait le B. G. B., peut présenter des dangers en cas de lacunes ; il donne alors lieu à des discussions.

256. Code civil suisse. — Le législateur suisse s'est rendu compte de l'impossibilité qu'il y avait à marquer une distinction entre les règles impératives et les autres « par le choix entre diverses formules plus ou moins synonymiques, par exemple entre le verbe auxiliaire « doit » et le verbe au futur ² » ; aussi y renonce-t-il expressément dans son « Exposé de motifs ». La raison invoquée par lui nous paraît des plus plausibles : « il ne serait guère avantageux que le législateur enlevât, sur

1. Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 1896, p. 368.

2. Hüber, *Exposé des motifs*, t. I, p. 14.

ce point, toute liberté d'interprétation à la jurisprudence¹ ». En effet, les idées peuvent varier quant à la nature absolue ou restrictive du texte, quant à la valeur morale des différentes dispositions. « Ce serait une erreur que de rédiger la loi de telle sorte qu'il fût impossible aux tribunaux de suivre l'évolution des idées sans révision du texte légal². »

Il faut reconnaître que cette façon de penser du législateur suisse présente un avantage pratique considérable. Nous tenons cependant à ajouter immédiatement qu'il peut souvent donner lieu à des dangers ; ils résultent de l'insécurité de la pratique. Nonobstant cette considération, le Code civil suisse de 1907 et le C. O. S. ont écarté toutes distinctions entre ces deux sortes de règles ; bien plus, le législateur suisse a effacé du projet définitif tout essai fait en ce sens précédemment³. Il arrive ainsi à accorder de très larges pouvoirs au juge pour l'appréciation du caractère absolu ou relatif des règles.

Il faut cependant ajouter que, dans bien des cas, le législateur suisse établit des dispositions « sauf convention contraire⁴ » ; le caractère supplétif de ces règles est indubitable.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet du Code civil suisse. Il abandonne toute distinction préalable quant au ton entre les règles supplétives et impératives, et accorde ici pleine confiance à la jurisprudence.

256 bis. — Il résulte, de tout ce qui vient d'être dit, l'impossibilité de fixer en cette matière des règles trop précises ; nous croyons cependant qu'il appartient au législateur de fixer, lors de la rédaction de la loi, la limite des règles constructives. Il le fera, non pas tant par l'emploi d'un terme approprié que par la rédaction

1. Hüber, *op. cit.*, p. 14.

2. Hüber, *op. cit.* : l'auteur ajoute cependant : « lorsque le législateur entend conférer à une disposition une valeur impérative absolue, il doit le dire. S'il ne le dit pas, la question sera résolue selon l'esprit de l'époque » (p. 14).

3. Il en est ainsi notamment pour le caractère impératif accordé aux effets personnels du mariage, Hüber, *op. cit.*, t. I, p. 140.

4. V. nombreux exemples d'articles cités par Lucien Brun, *op. cit.*, p. 97.

précise de la formule qui s'y référera. Il évitera ainsi qu'elle soit tournée trop facilement ; en effet, les règles qui restent à la base de l'organisation du droit civil, — telles que la liberté, la capacité civile, etc., — ne peuvent être l'objet de changements trop fréquents. Quant aux autres règles qui sont subordonnées à l'appréciation changeante du moment, tel que cela arrive pour les notions de « bonnes mœurs » et d' « ordre public », nous demandons que le législateur pose des règles suffisamment générales pour leur permettre de suffire aux besoins de la vie.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avions à dire au sujet du ton des dispositions légales. Nous avons vu que cette distinction est fondée sur la nature des règles et non seulement sur leur application ¹ ; aussi les avons-nous placées en tête de notre section portant sur les caractères des dispositions légales, comme suite de nos développements précédents.

B. — *Concret ou abstrait ?*

257. L'étude du caractère *concret* ou *abstrait* de la loi présente un intérêt indubitable pour notre matière ; de sa bonne solution dépendra pour beaucoup la valeur du travail entrepris.

Il semblerait, après tout ce qui a été dit au sujet de la nature des dispositions légales, que cette question ne peut même plus se poser ; nous avons vu, en effet, que la fonction des lois est, avant tout, essentiellement pratique. Or, pour pouvoir y suffire, elle a besoin d'exclure toute abstraction qui tendrait à l'éloigner de la réalité.

Si cela est vrai, si le législateur doit conserver à ses formules un caractère nettement concret, les difficultés

1. V. en sens contraire, Professeur Dr Gmür, *Kommentar zum Schweiz-Zivilgesetzbuch*, Band 1, Bern, 1913, p. 22. Aussi les auteurs demandent-ils que la loi indique d'une façon expresse les règles impératives qu'elle fixe ; v. en dehors du texte de Hüber déjà cité, Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, op. cit., p. 125.

apparaissent lorsqu'il s'agit de fixer la façon dont se fera cette rédaction : d'un côté, le caractère de positivité de la loi semble exiger que cette rédaction prévoit le maximum de situations concrètes ; de l'autre, l'impossibilité de les prévoir toutes conduit nécessairement à une certaine généralisation, à des termes communs, et par là même, à l'abstraction. Aussi le problème paraît, à première vue, insoluble. Pour le résoudre, nous nous proposons d'étudier l'importance des caractères concret et abstrait dans la loi, leurs avantages et défauts réciproques. Nous finirons enfin cette étude en parlant du caractère propre aux formules des différents codes et de la façon de concilier, dans la rédaction de la loi, ces deux extrêmes.

258. La nature positive de la loi exige, avons-nous vu, que le législateur confère à ses formules un caractère essentiellement pratique ; il doit écarter des notions trop absolues qui rendraient les lois étrangères à la vie et leur conférerait un caractère tout doctrinal.

La nécessité du caractère concret dans la loi a été depuis toujours ressentie. On a souvent noté avec raison ¹ que toutes les législations primitives se référaient à des cas concrets de la vie. Elles formaient, à ce point de vue, de véritables compléments à la coutume, forme juridique essentiellement concrète et positive. Il en est ainsi notamment dans le droit romain, non seulement pour la loi des Douze tables, — où le législateur ne sanctionnait, en matière d'« injures » par exemple, que des situations de fait précises, concrètes, — mais même pour les législations apparaissant à un moment juridique avancé, telles que la loi *Aquila*.

Il y a là un fait certain, apparaissant non seulement à Rome ², et qui s'explique par l'absence chez le légis-

1. V. Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, 46, p. 63; Meynial, La déclaration de volonté, *Rev. trim. du droit privé*, 1902, p. 547; v. aussi Korkounov, *op. cit.*, qui constate que les premières lois n'étaient que « des mœurs enregistrées » (p. 101). Quant à la forme concrète des lois, chez les peuples primitifs, v. p. 196.

2. *Op. cit.*

lateur primitif de la puissance de généralisation. Le pouvoir de comprendre et de déduire ce qu'il y a de commun dans la multitude des situations concrètes, suppose un esprit juridique plus développé, plus habitué à l'abstraction.

259. Cet esprit apparaît nécessairement à une certaine étape de la vie juridique ; en effet, la loi ne peut étendre son domaine d'application que par le pouvoir qu'elle a de généraliser certaines situations de fait¹ ; mais en les généralisant, elle risque de devenir incompréhensible, de perdre son caractère populaire et pratique.

Il y a là une véritable contradiction que nous nous proposons de résoudre par la suite. Nous constatons pour le moment que la coutume se forme à propos de situations de fait ; elle les cristallise et les sanctionne. La loi commence par compléter, par perfectionner la coutume, puis, elle synthétise et tend à l'abstraction. Il faut cependant rappeler immédiatement que cette tendance est contrecarrée par des tendances et des besoins contraires qui en empêchent le développement. Tel est le processus suivi par le développement de la vie juridique. Ce qui a facilité cette tendance à l'abstraction dans la loi, ce qui l'a même souvent créée, c'est la façon d'agir des jurisconsultes romains. Esprits analytiques autant que synthétiques, ils ont imprimé à la science du droit romain d'abord, puis à celle du monde entier, leur façon de concevoir et de travailler dans le droit². C'est un fait commun de rappeler que plus cette influence s'est exercée dans les diverses législations, plus affirmé apparaît le caractère abstrait et synthétique de celles-ci ; il en est ainsi notamment en Allemagne où l'influence de la pratique journalière semble avoir été complètement

1. V. sur les avantages de l'abstraction dans l'évolution de la loi, Korkounov, *op. cit.*, p. 196 ; P. Regnaud, *L'origine des idées*, p. 247.

2. Aussi la matière des obligations des Codes civils modernes, qui a une origine romaine, « constitue une partie presque essentiellement théorique et abstraite » (Saleilles, Communication sur la théorie générale du Code civil allemand, *Bull. Soc. lég. comp.*, t. XVIII, 1888, p. 166).

exclue du droit commun germanique ; aussi, le caractère abstrait du B. G. B. a-t-il été souvent relevé.

En s'imposant dans la loi, cet esprit peut présenter de grands dangers. L'abstraction, la synthèse, sont des formes logiques de l'esprit ; elles se comprennent dans la science du droit des interprètes parce qu'elles permettent l'établissement de théories nouvelles et relient ainsi les faits nouveaux au droit ancien. Les changements incessants qui y interviennent, et le caractère nécessairement pratique de ces théories rend ici illusoire la crainte de catégories trop étanches et essentiellement distinctes de la vie.

Il n'en est plus ainsi dans la loi : l'esprit abstrait est ici toujours insuffisant ; il rend la loi incompréhensible et arrive à détruire son caractère pratique qui en est la raison même. C'est ce que nous nous proposons de démontrer maintenant.

260. L'insuffisance de l'abstraction dans la loi a été depuis toujours relevée. En effet, quelle que soit la facilité de généraliser de notre esprit, on peut toujours concevoir des cadres plus larges que ceux qu'il établit.

Cette insuffisance apparaît encore à un autre point de vue. Nous avons vu, en effet, que l'abstraction consiste, pour le législateur, de partir de situations concrètes pour en déduire, par les moyens de l'analyse et de la synthèse, ce qu'elles ont de commun. Or, quelque grand que soit le matériel dont il dispose, le législateur ne pourra prévoir, pour chaque cas, les situations innombrables, toujours nouvelles de la vie ; il ne pourra trouver une formule qui soit suffisamment large pour couvrir toutes les situations concrètes similaires.

Il résulte de ce qui vient d'être dit que, quel que soit le pouvoir d'abstraction du législateur, il n'est jamais sûr de pouvoir comprendre sous ses formules la totalité des situations concrètes de la vie ; sa compréhensibilité a des limites. On ne peut en effet établir, en matière de sciences sociales, une formule mathématique s'appli-

quant nécessairement à toutes les situations de fait venant à se produire ; la mobilité des actions humaines rend de telles prévisions impossibles.

Même abstraite, la loi n'arrive pas à étendre démesurément son domaine d'application ; son pouvoir de définir est certes beaucoup plus large que celui de la norme concrète, mais elle n'arrive pas toujours à recouvrir tous les cas homogènes auxquels elle se réfère. En effet, à côté des points communs, ceux-ci présentent souvent de nombreuses dissemblances. La mobilité de la vie rend très difficile, sinon impossible, l'apparition de cas multiples, complètement homogènes.

261. Ce qui caractérise la forme abstraite, ce qui motive son exclusion des Codes, c'est l'incompréhension des notions auxquelles elle s'applique. Nous verrons, lorsque nous parlerons du langage, la supériorité du langage populaire au point de vue de sa compréhension. Or, nous l'avons souvent dit : pour pouvoir s'appliquer, une loi doit être facilement comprise par tous ceux qu'elle est appelée à régir. Cela seul lui permet de subsister pendant longtemps, tout en conservant une valeur suffisante.

On comprend qu'il en soit tout autrement pour les notions abstraites, théoriques ; les termes scientifiques qu'elles emploient sont incompréhensibles au vulgaire et souvent même à la pratique judiciaire¹. Faites par et pour les juristes, de telles lois n'arrivent pas à dépasser ce cercle restreint. Quelle que soit leur valeur logique, elles ne s'imposent pas à la pratique ; il en résulte une profonde incertitude pour la vie juridique, puisque personne ne connaît suffisamment son droit à l'avance et la façon de le sanctionner. Appliquées d'une façon continue et suivie, elles peuvent conduire à une époque semblable aux temps anciens où la connaissance de la loi était réservée à une classe limitée, privilégiée, de gens.

1. « La compréhension des préceptes légaux est en rapport inverse avec leur caractère abstrait », Planck, *Zur Kritik des Entwurfes eines B. G. B. für das Deutsche Reich*, *Archiv für die Civilistische Praxis*, t. 75, 1889, p. 423.

Aussi comprend-on les dangers qui peuvent en résulter lorsque ce caractère abstrait s'affirme en matière de codification civile ; loin de conduire à l'unité politique et juridique entre les différentes parties d'une même nation, un tel Code pousse à leur dissociation.

Il faut ajouter immédiatement que la précision de telles formules n'est pas toujours acquise ; elle apparaît souvent incomplète au législateur lui-même.

On rencontre, en effet, souvent à la suite des notions trop abstraites, un grand nombre de cas particuliers cités par le législateur sous forme d'exemples. Le législateur fixe ainsi lui-même les principaux cas d'application auxquels il veut étendre sa règle. Ce moyen d'interprétation législative aide surtout à la pratique, mais il prouve, chez le législateur, la conscience de l'imprécision de la règle qu'il pose ou de son manque de compréhension.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de l'absence de compréhension qui caractérise la règle abstraite.

262. Nous tenons à rappeler ce que nous avons déjà dit au sujet du domaine d'application respectif de la loi et de la doctrine : la loi doit se contenter de poser les règles sous leur forme concrète, telle que les lui fournit la pratique de la vie¹ ; il appartiendra ensuite à la science juridique d'essayer d'en déduire ce qu'elles ont de commun, afin d'en établir l'unité, et d'en faciliter la révision.

Il y a certes de nombreux rapports d'interférence entre ces deux formes de la vie juridique ; elles ne doivent cependant pas se confondre. La loi est avant tout essentiellement pratique ; elle doit conserver les rapports avec la vie qu'elle est appelée à diriger et à sanctionner ; elle ne pourra le faire que si elle conserve sa forme concrète née de la vie et appelée à la régir.

Certes, la multiplicité des faits est souvent telle que

1. V. même sens, Saleilles, Des modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée, quant aux biens et au produit du travail et de l'industrie, *Bull. Soc. Et. lég.*, séance du 20 mars 1902, p. 148 ; Saleilles, *Ann. de lég. étr.*, 1896, t. XXVI, p. 151.

la loi ne peut essayer de les comprendre tous ; le législateur doit, pour ce cas, faire appel à la généralisation, dans des proportions plus ou moins grandes. Mais, même alors, il doit conserver à ses formules leur caractère concret.

Cela est possible, car nous l'avons dit nous-même, le caractère concret de la loi n'implique pas nécessairement des cas particuliers, la norme concrète peut être en, effet plus ou moins générale. *Cela est utile*, car les normes abstraites absolues rompent tous les rapports entre la loi et la vie et détruisent le caractère pratique de la législation, qui est sa raison même.

Nous avons vu dans nos développements précédents l'importance successive des caractères concrets et abstraits de la loi, les avantages et les inconvénients qui en résultaient. Nous avons conclu avec la nécessité pour le législateur d'écarter de son code les formes abstraites qui sont souvent insuffisantes, imprécises et détruisent le caractère pratique de la loi.

En présence de l'impossibilité qu'il y avait pour le Code de contenir dans ses formules la totalité des situations de fait, nous avons déclaré qu'il lui suffisait de formuler les cas concrets les plus importants ; il devait le faire dans des formules suffisamment générales pour en élargir le domaine d'application. La sécurité et la facilité d'application ne seront certes pas aussi grandes que si la loi contenait des solutions concrètes précises pour tous les cas ; mais cela paraît, aujourd'hui, avec la mobilité de la vie, complètement impossible.

Avant d'aller plus loin, nous nous proposons d'étudier le caractère abstrait et concret des formules dans le Code civil français, Code civil allemand, Code civil suisse. Il ne nous restera, par la suite, que de tirer quelques conséquences pour notre conclusion.

263. Code civil français. — Le Code civil français, avons-nous souvent dit, est le résultat de tout un travail accompli pendant longtemps et auquel a pris part la doc-

trine du ^{xvii}e et du ^{xviii}e siècle ; praticiens avertis autant que doctrinaires, ils devaient assurer le maintien, dans la rédaction du Code civil, d'un caractère profondément concret.

L'influence de l'esprit analytique et synthétique romain n'a certes pas cessé de se manifester complètement dans le Code ; il y apparaît, en plus d'un article, en matière d'obligations. Nous avons déjà cité de nombreux exemples, lorsque nous avons étudié la nature des dispositions légales ; aussi, nous contenterons-nous d'y renvoyer. Mais quel que soit le nombre de ces dispositions, et tout en reconnaissant que la matière des obligations dans le Code civil français présente souvent un caractère théorique et abstrait, il faut ajouter que le nombre des formules abstraites est moins grand en cette matière qu'il ne l'est dans le B. G. B. par exemple.

Le législateur français ne consacre pas, en effet, un grand nombre de notions morales que nous retrouverons par la suite. Il en est ainsi notamment du principe de l'enrichissement injuste ; on ne trouve nulle part, dans le Code civil français, une formule générale semblable à celle du B. G. B. et du Code civil suisse. Le caractère d'une telle formule ne peut être qu'abstrait. Il en est de même pour les formules se référant à l'abus de droit et pour d'autres notions semblables.

Cela dit, il importe d'ajouter que le caractère nettement concret apparaît partout dans le Code ; les rédacteurs ont compris le danger qu'il y avait à introduire dans une œuvre législative des principes généraux ¹ ; aussi les ont-ils exclu systématiquement, en limitant le Code à

1. Portalis, Discours de présentation du Code civil, p. 99 ; v. Observations du Tribunal de Lyon, Fenet, t. IV, p. 36. Quant à la suppression du livre préliminaire abstrait introduit dans le projet définitif de Code civil et sur son importance, Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique, Livre du Centenaire*, t. I, p. 102 ; Leroy, *La loi, Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, 1908, p. 34 et s., p. 65 et s. La question de savoir si le Code civil français ne devait pas contenir une partie générale, s'est posée lors des études de révision entreprises par la Société d'Etudes législatives. On y répondit presque à l'unanimité, par la négative, en affirmant que cette partie ne pouvait contenir que des règles doctrinales. V. Saleilles, Comptes rendus des travaux de la 1^{re} sous-commission, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1^{er} 05, p. 249.

l'examen d'un grand nombre de cas concrets¹. En effet, le législateur français « s'attarde à ne trancher que des problèmes très limités, qui lui sont proposés par leurs côtés les plus concrets, d'après les suggestions de la vie des affaires, et ... il se garde, avec excès parfois, d'aménager des théories générales, de poser des principes abstraits² ». Il a laissé, par là, la voie ouverte aux constructions doctrinales et a facilité la survie du Code.

Quels que soient les avantages qui résultent d'un tel système, on l'a critiqué quelquefois à cause de son imprécision et du manque de sécurité qu'il entraîne. Quant à nous, nous croyons que le procédé employé présente le grand avantage de ne pas séparer la loi de la vie, de garantir à tous la sécurité suffisante dans l'existence de leurs droits. On assurait ainsi au Code toute l'autorité nécessaire pour s'imposer à la pratique et pour renforcer l'unité politique et juridique. En accordant à ses solutions concrètes un caractère général, le législateur français a élargi pour beaucoup son domaine d'application.

Quant à l'imprécision qu'on invoque et qui semble résulter du large pouvoir accordé à la science juridique, nous verrons, dans nos développements qui suivront, que la tendance moderne du droit est dans ce sens ; nous dirons, à cette occasion, ce qu'il faut en penser³. Nous tenons cependant à déclarer, dès maintenant, que cette imprécision est de beaucoup inférieure à celle qui résulte de la non-compréhension de la loi.

264. Code civil allemand. — Le Code civil allemand présente un caractère nettement opposé à celui du Code

1. Souvent même au lieu de définir par une formule abstraite, il le fait par énumération d'exemples; tel est le cas des « immeubles par destination ». Une telle formule est insuffisante comme nous le verrons par la suite.

2. Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. I, 1919, p. 104; v. même sens, Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité objective*, 1897, p. 47; Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit*, 1906, p. 424.

3. V. cependant Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. I, 1919, p. 836.

civil français ; alors que le premier écarte systématiquement les notions générales de principe et limite son domaine aux cas concrets, le second contient une partie générale, distincte de ses divisions spéciales. De plus, il essaye de prévoir le maximum de situations juridiques, par un ensemble de formules générales ayant un caractère nettement abstrait. Ce caractère résulte aussi quelquefois des définitions dont nous avons déjà parlé et qui se trouvent placées dans le Code.

Quant aux raisons profondes qui expliquent ce caractère abstrait et souvent théorique, elles résultent de l'influence décisive exercée par le droit romain, lors de la rédaction du B. G. B. ; cela apparaît clairement à l'examen des deux projets qui l'ont précédé¹.

On sait déjà que cette influence s'est surtout manifestée lors de la rédaction du premier projet ; aussi le caractère abstrait de celui-ci l'emporte de beaucoup sur le second. On connaît les nombreuses critiques qu'il suscita². Nonobstant ces critiques et les influences de la pratique qui se manifestèrent dans le second projet, ce caractère n'a pas disparu du Code ; il est cependant fortement atténué.

Ce caractère provient, d'abord, de la présence dans le B. G. B. d'une partie générale contenant l'ensemble des dispositions applicables dans les parties spéciales du Code. Nous en avons déjà souvent parlé, aussi n'y insisterons-nous pas à nouveau. Nous ne pouvons cependant pas ne pas relever que la tendance de séparer les principes de leurs applications, de réunir dans ces formules un

1. Cette façon de rédiger les lois était habituelle en Allemagne. V. notamment Wendt, *op. cit.*, qui constate que « le législateur allemand s'est habitué depuis des siècles, à poser non des règles juridiques mais des règles doctrinales, c'est-à-dire qu'il donne à ses dispositions la forme d'explications dogmatiques et de définitions théoriques » (p. 29).

2. Il procédait surtout par formules abstraites et négligeait « les détails » (Saleilles, Communication sur la théorie générale du Code civil allemand, *Bull. Soc. lég. comp.*, t. XVIII, 1888, p. 166) ; v. aussi Gierke, *Der Entwurf eines B. G. B.*, 1889 ; Bähr, *Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich, Erste Lesung, Kritische Vierteljahresschrift*, 30, Neue Folge 11, 1888, p. 556 ; Saleilles, *Ann. de lég. étr.*, 1896, t. XXVI, p. 151 ; de plus il contenait un grand nombre de dispositions doctrinales se référant aux pouvoirs de l'interprétation et de l'analogie, qui ont disparues par la suite. V. Saleilles, *La déclaration de volonté*, 1901, p. 195.

ensemble de cas, imprime au Code un caractère théorique, nettement abstrait¹. Qu'il nous suffise, pour nous en rendre compte, de rappeler la matière « des actes juridiques », de « la déclaration de volonté... »

En dehors même de cette partie générale, le caractère abstrait du Code résulte de la présence, dans ses divisions spéciales, de formules « enveloppantes » et dans les conséquences que le législateur en tire lui-même.

Quant aux atténuations du caractère abstrait du Code, elles s'affirment sous la forme des nombreuses solutions de fait qu'on y rencontre. C'est ce que nous nous proposons de voir maintenant.

On a souvent relevé la tendance du Code civil allemand de vouloir comprendre, dans des articles de principe, la totalité des situations particulières qui existent sur un point donné². C'est par ces formules générales, s'étendant à un nombre très grand de solutions particulières, que le Code civil allemand se distingue du A. L. R. ; elles apparaissent tant en matière d'obligations, que de famille et de biens. Il en résulte un ensemble abstrait pour le Code.

Nous avons vu quels sont les désavantages d'un tel système : le principal consiste dans l'incompréhensibilité de la loi. Aussi, le législateur allemand essaye-t-il d'éclaircir quelquefois le sens de ses règles, par la voie des exemples qu'il place à la suite de celles-ci³. On a souvent critiqué une telle façon de procéder, en soutenant la nécessité pour les dispositions légales d'être de règle pure ; quelle que soit la vérité de cette affirmation, il nous semble cependant nécessaire d'employer ce

1. Il nous paraît intéressant de rappeler que ce caractère n'est pas celui voulu par les rédacteurs du Code civil allemand. Saleilles nous rappelle, en effet, dans son *Introduction au Code civil allemand*, t. 1, 1904, p. 9, que lors de la rédaction du 2^e Projet, il fut entendu « que la Partie générale se composerait non pas comme on pouvait le croire *a priori*, de règles abstraites et de définitions juridiques, mais de dispositions concrètes ayant trait à la réglementation de certaines matières juridiques qui ne pouvaient trouver aucune place adéquate dans la partie spéciale ».

2. V. cependant Gény, *La technique législative*, op. cit., p. 1034, 1035.

3. V. ex. cités par Zitelmann, *Die kunst der Gesetzgebung*, 1904, p. 29.

moyen pour les dispositions trop abstraites, présentant un caractère absolu ¹.

En dehors de cette façon de rédiger les règles abstraites, le législateur allemand en emploie encore d'autres. On a quelquefois indiqué ² le procédé qui consiste à n'établir ces formules que pour une situation concrète, « puis, seulement, les étendre par une phrase de conclusion à tous les cas similaires ». On a noté, à cette occasion, un grand nombre de formules établies en matière « d'achat » et étendues ensuite à des opérations semblables ; « la notion générale abstraite consiste ici dans cette extension ³.

Un tel procédé nous semble nettement contraire aux principes de l'unité de la pensée dont nous avons parlé au commencement de ce chapitre ; il peut présenter de grandes difficultés pour la pratique, en cas de lacunes existant dans l'extension de la formule.

Ce sont ces mêmes considérations qui nous font écarter du Code, comme dangereuse, la tendance du législateur allemand de déduire du principe qu'il pose ses principales applications.

Quant aux tendances concrètes qu'on rencontre dans le Code, elles résultent des définitions que le législateur place dans son Code et qui sont destinées à formuler le sens concret et précis de certaines expressions employées par lui ; elles s'expriment dans les essais faits par lui, d'étudier de nombreuses situations juridiques sous leurs différentes formes extérieures ⁴. Nous reviendrons là-dessus, lorsque nous étudierons le caractère casuistique du Code ; nous tenions simplement à marquer ici les tendances contraires qu'on y rencontre souvent.

Loin de croire qu'on arrive par là à une plus grande précision dans le texte légal, nous estimons, au contraire,

1. V. aussi même sens Planck, *Zur kritik des Entwurfes eines B. G. B. für das Deutsche Reich*, op. cit., p. 423.

2. Zitelmann, op. cit., p. 29.

3. Ibid.

4. Génv, *La technique législative*, op. cit., p. 1030.

que plus vif est le désir du législateur de résoudre la totalité des situations juridiques, plus nombreuses apparaîtront les lacunes et les difficultés d'interprétation.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet du caractère abstrait et concret dans le B. G. B. Le désir de tout régler, l'influence de l'esprit romain, ont imprimé au Code un caractère nettement abstrait. Celui-ci apparaît tant dans la partie générale que dans les formules « enveloppantes » spéciales employées par lui. Il s'affirme surtout dans la partie générale des obligations et des contrats, où l'influence de l'esprit analytique et synthétique romain a été plus puissant que partout ailleurs, où le caractère moral du droit germanique a donné naissance à des principes idéaux nouveaux, tel que celui de l'enrichissement injuste. Enfin, nous avons noté un ensemble de solutions concrètes, d'études de faits, comme celles se référant à la responsabilité fautive ; elles s'expliquent aussi par le désir du législateur allemand d'être complet. Ce désir confère au Code un caractère abstrait, lourd et souvent incompréhensible.

265. Code civil suisse. — Le législateur suisse s'écarte ici encore du système suivi par le B. G. B., pour se rapprocher de celui du Code civil français.

Travaillant pour un pays essentiellement démocratique, où la pratique influe puissamment sur la formation et les variations de la loi, le législateur de 1907 a compris, mieux que ne l'avaient fait ses prédécesseurs, l'importance qu'il y avait pour lui de conserver à son Code un caractère pratique, concret, intelligible à tous. Tout en prévoyant, dès son « Exposé de motifs », qu'il y a des cas où « l'allégement du texte de la loi » exige de soumettre « de nombreuses éventualités à une règle générale », il déclare que le législateur ne doit l'admettre « qu'en tant que la règle exprimée demeure intelligible à tous¹ ». Ce qui importe donc avant tout au législateur suisse,

1. Hüber, Exposé des motifs.

c'est la conservation du caractère pratique de la règle qui, seule, lui facilitera l'application¹.

Pour le reste, il y a des faits qui ne se prêtent guère aux généralisations ; aussi, « le législateur ne peut généraliser qu'en tant que cela est compatible avec les circonstances ». C'est l'intérêt pratique qui doit guider l'action du législateur dans la rédaction de ses formules ; c'est lui qui exige que le Code maintienne son caractère concret.

Ce sont ces profondes considérations qui ont fait écarter du Code civil suisse une partie générale et maintenu le caractère essentiellement concret du texte. Il se rapproche par là du Code civil français, en ce qu'il essaye d'écarter les abstractions, les définitions et ne se réfère qu'à des situations particulières ; il le dépasse cependant par le langage populaire qu'il emploie, par la large part faite au juge et à la pratique dans l'évolution de la loi.

Tout en comprenant la nécessité de la généralisation pour la simplification de la loi, le législateur suisse en a perçu l'insuffisance technique ; aussi, le Z. B. G. ne l'emploie que dans la mesure seulement où elle conserve aux normes légales leur caractère pratique. Il se distingue par là du Code civil allemand, où la généralisation acquiert trop souvent un caractère absolu et abstrait.

On a souvent critiqué l'insuffisance du Code et le caractère peu précis de ses dispositions ; nous avons vu, lorsque nous avons étudié les différents facteurs dans le Code, ce qu'il faut penser de cette insuffisance. En plus d'un point, nous avons, en effet, reconnu l'intégralité de la pensée du législateur suisse et la supériorité de sa réglementation sur les législations qui l'avaient précédé.

L'insuffisance du Code suisse ne peut donc se référer à son manque de développement, mais au petit nombre de cas prévus par le législateur². Or, nous croyons

1. V. Génv, *La technique législative*, op. cit., p. 1029 ; Rossel, *Manuel de droit fédéral d's obligations*, 1905, p. 8.

2. V. cependant, quant aux difficultés qui en résultent pour l'interprétation, Planck, op. cit., p. 423.

que ce système, qui consiste à ne réglementer pour chaque situation juridique que les principales formes extérieures, est de beaucoup supérieur au précédent. En conférant à la pratique des cadres larges, souples, il facilite son évolution.

Quant à l'imprécision du langage populaire employé, nous y reviendrons par la suite, au cours de nos développements.

En résumé, le législateur suisse maintient à ses formules un caractère nettement concret ; il y arrive par l'étude des situations de fait, par l'emploi limité de la généralisation, enfin, par le langage populaire qu'il emploie. Mieux que ses devanciers, le législateur suisse a compris le besoin de distinguer son domaine de celui de la science et la nécessité qu'il y avait de conférer à la loi un caractère pratique, afin de lui permettre de régir et de diriger la vie.

266. Nous terminons ainsi avec notre étude sur les caractères des différents Codes. Il en résulte d'abord le besoin pour le législateur de conserver la forme concrète dans la rédaction de son texte ; celui-ci doit surtout se référer aux faits. Né de la vie, il est destiné à la régir ; aussi, le texte légal ne doit pas s'en écarter par une forme abstraite, qui arriverait à détruire tous rapports entre la loi et la pratique.

Si cela est vrai, nous avons cependant vu comment la tendance contraire s'est développée ; sous l'influence de la doctrine et du droit romain, elle s'est imposée dans la matière des obligations de tous les Codes civils modernes ; elle est apparue aussi trop souvent dans la rédaction du B. G. B.

En présence des tendances contraires s'affirmant dans le Code, il y a lieu de se demander maintenant quelle est la voie à suivre pour l'avenir. Nous tenons à déclarer, dès le commencement, que des règles trop précises ne peuvent exister en cette matière. Tout est en fonction des circonstances.

Le caractère de positivité de la loi exige, certes, qu'elle se limite à formuler des situations de fait suffisamment concrètes, pour pouvoir trouver leur application immédiate. Or, nous l'avons déjà dit, un tel système nous paraît impossible en pratique. Il est souvent nécessaire que le législateur synthétise, qu'il réunisse en une formule plus générale un grand nombre de situations concrètes ; de plus, l'intérêt pratique lui-même demande parfois qu'il introduise dans son Code des définitions. Pour tous ces cas, il s'éloigne de la réalité pour se rapprocher de l'abstraction. Dans quelle mesure le fera-t-il ? Nous croyons que cette mesure sera en fonction du but qu'il est appelé à satisfaire, car, ne l'oublions pas, la technique législative est l'ensemble de moyens, de procédés destinés à assurer la réalisation du droit. Ce que seul on peut demander, c'est que le législateur ne s'éloigne pas du fond pratique de la vie ¹.

C. — *Spécial ou général*

267. Nous avons placé cette étude à la suite de celle sur les caractères concret et abstrait de la loi, pour une double raison : la forme concrète de la loi peut être, suivant les circonstances, plus ou moins spéciale ; il fallait donc commencer par elle ; de plus, le pouvoir qui appartient à la jurisprudence d'aider au développement du texte légal résulte souvent de la formule générale de nos Codes. Or, nous avons consacré au rôle de la jurisprudence toute une section, que nous avons placée à la fin de notre chapitre. La nécessité de maintenir la continuité dans notre exposé nous l'ont fait précéder par nos développements sur le caractère général de la loi.

Quant au plan à suivre dans cette sous-section, il sera le même que celui de plus haut. Nous examinerons successivement l'importance du caractère spécial et

1. V. Saleilles, *Individualisation de la peine*, Introduction, p. 5; Cény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, 1919, p. 329.

général, dans la rédaction du texte légal, les avantages et inconvénients qui en résultent, la façon dont ils s'expriment dans les différents Codes. Il ne nous restera ensuite que de tirer quelques conséquences pour notre conclusion.

La matière que nous abordons maintenant dépend, plus que toute autre, des circonstances de fait et des idées existant dans le pays pour lequel on légifère ; c'est d'eux que dépendra, en effet, la question de savoir si le législateur fera emploi dans son Code, pour un point donné, d'une série de dispositions non reliées entre elles, ou bien si, partant de situations particulières, il cherchera à s'élever à des règles plus générales. Or ces circonstances sont — comme nous le verrons bientôt — en fonction du développement juridique plus ou moins avancé du pays, de la matière à régler, enfin du rôle attribué au juge dans l'évolution de la loi. On perçoit donc, dès maintenant, que nous n'arriverons pas dans notre conclusion à des règles trop précises, mais plutôt à des directives à suivre pour le législateur d'avenir.

268. La question de savoir si la forme de la loi doit être particulière ou générale ne s'est posée qu'à une époque assez avancée du développement juridique ; on a ici encore relevé avec raison¹ que la loi a commencé par être particulière avant de devenir générale.

L'histoire législative du droit romain nous offre, tout le long de son évolution, un grand nombre de lois se référant à des cas d'espèces : il en est ainsi non seulement pour les Douze tables, mais même pour la loi *Aquila*, qui ne sanctionne la responsabilité fautive que dans des cas déterminés. Il en est de même pour le Code Justinien où nous trouvons beaucoup de cas d'espèces. La loi romaine est donc la loi « du particulier ».

1. Meynial, *La déclaration de volonté*, op. cit., p. 547 ; Génv, La notion de droit positif au XIX^e siècle, *Rev. intern. de l'Enseign.*, t. XXXI, 1901. L'auteur constate que la loi a « débuté en tranchant des questions spéciales et limitées » (p. 16).

Parallèlement à ce travail législatif, nous voyons se développer, dans le droit des jurisconsultes romains, un grand nombre de principes généraux, qui forment encore aujourd'hui la base de nos Codes modernes. Il en est ainsi notamment du principe de la liberté des conventions de l'article 1134, qui est déjà définitivement formé dans les textes romains¹. Si cela est vrai, il faut cependant ajouter que, tout en atteignant dans un grand nombre de cas à des règles générales, les travaux des jurisconsultes romains de la fin de la République se réfèrent aussi et surtout à des cas particuliers ; leurs travaux, en effet, constituaient des consultations sur des cas d'espèces. Ils contenaient, cependant, à la suite de ces cas, la règle générale posée.

Néanmoins, un grand nombre de règles n'ont reçu leur développement définitif que dans l'ancien droit français ; qu'il nous suffise de rappeler, pour nous en rendre pleinement compte, le cas de la règle de la responsabilité fautive, qui ne reçut son caractère général qu'à la veille de la rédaction du Code civil.

Ce processus se comprend facilement ; on a, en effet, cru pendant longtemps que la sécurité dans le droit exigeait que le législateur réglemente le maximum de cas particuliers possibles ; il assurerait ainsi l'application presque automatique de la règle et écarterait l'arbitraire du juge.

269. Nous avons déjà dit, — nous le verrons bientôt d'une façon plus approfondie, — qu'un tel principe ne peut plus être soutenu aujourd'hui ; il faut néanmoins reconnaître qu'il assure plus de précision dans la loi que les règles générales à contours larges. Aussi, le principe de la sécurité qui dominait dans la loi exigeait l'emploi de ces règles.

C'est, de plus, un besoin même de notre esprit d'ana-

1. V. notamment les passages de Labéon (D. 50, 16 de V. S., 19, Ulp. l. 11 ad ed.), (D. 18, 1 de C. E., 80, 3, Labeo l. 5 post. a Iavol. epitom.). Cours de Pandectes professé à la Faculté de Paris en l'an 1925-1926 par notre ancien distingué maître, M. P. Collinet.

lyse de commencer par poser des règles particulières, pour s'élever ensuite à des dispositions générales. Il s'explique par le risque encouru, lors de l'établissement de ces dernières. En effet, la règle générale doit être suffisamment large pour pouvoir s'appliquer, non seulement aux cas connus, mais surtout aux cas nouveaux venant à apparaître par la suite ; pour pouvoir y arriver, le législateur doit commencer par connaître, d'une façon précise, la nature de l'institution qu'il est appelé à réglementer.

Aussi, les institutions nouvelles sont consacrées d'abord dans des cas particuliers, avant de l'être d'une façon générale. Aujourd'hui, lorsque les anciens cadres de la loi paraissent insuffisants, lorsque de nouvelles règles générales sont souvent appelées à les remplacer, nous voyons le même processus s'accomplir. On a souvent noté que, en dehors de ce qu'on appelle le droit commun, apparaissent un grand nombre de lois particulières ; elles sont appelées à réglementer des cas d'espèces sans aucune liaison entre eux. Le législateur tend ainsi à de nouvelles expérimentations, qui lui permettront par la suite de s'élever à des règles générales ; c'est le cas de la législation « sociale », qui a été d'abord consacrée dans des lois particulières, avant de l'être d'une façon générale ; c'est la nouvelle responsabilité-risque, ce sont enfin les nouvelles formes de la propriété.

Dans tous ces cas, le législateur doit commencer par tâter le terrain ; en posant ces règles dans des cas spéciaux, il perçoit facilement les besoins satisfaits, les difficultés et réactions rencontrées par elles..., il ne passera à la règle générale que lorsqu'il sera sûr qu'elle recouvrira un grand nombre de situations nouvelles et qu'elle ne sera pas en désaccord avec l'activité normale de la vie juridique.

Cela dit, nous nous proposons d'étudier l'importance du caractère spécial et général dans la rédaction du texte légal.

270. *Spécial.* — Nous avons déjà vu que le caractère spécial de la loi consistait en ce que, en rédigeant son texte, le législateur se référait à une série de cas distincts, limitativement déterminés ; il procède ainsi non seulement pour déterminer ses règles, mais pour en établir les effets. Chaque cas spécial suppose alors une règle particulière.

Il importe de distinguer, dès le commencement, entre le caractère spécial de la loi et ce qui constitue son développement abusif, le caractère casuistique. Une loi peut être spéciale, sans avoir un caractère casuistique : celui-ci suppose en effet non seulement que le législateur réglemente chaque cas spécial dans une norme appropriée ; il exige qu'il examine chaque situation spéciale sous toutes ses formes extérieures, qu'il établisse un « réseau de règles » rendant impossible toute situation nouvelle non prévue par lui. De plus, le caractère spécial de la loi se réfère à des faits non susceptibles de généralisation ; la casuistique, elle, peut s'appliquer à toutes les règles de la loi quelque général que soit leur but.

Or, si nous admettons que le législateur fasse intervenir dans son Code un nombre de règles particulières¹, il en est tout autrement lorsqu'il procède par la voie casuistique. En effet, quel que soit le nombre de cas et de formes extérieures prévus, il lui sera impossible d'arrêter l'évolution du droit ; la mobilité de la vie juridique fait apparaître à chaque instant des formes nouvelles. Aussi, quelle que soit la précision du texte, il n'arrive jamais à les prévoir toutes². Il ne confère pas dès lors une sécurité suffisante à la pratique, tout en alourdissant le sens et la clarté du texte ; il détruit par là le

1. V. même sens Courtney Ilbert, *The mechanics of law making*, 1901, p. 118.

2. C'est ce que constatait aussi M. le Professeur Perreau. Le rôle de l'habitude dans la formation du droit privé, *Rev. trim.*, 1911. Lorsqu'il disait : « Les lois spéciales... ne s'adaptent pas en un jour au milieu qu'elles doivent régir », aussi « faut-il se garder soigneusement de formules trop larges, multiplier les exceptions, se restreindre d'abord à des cas déterminés » (p. 230).

caractère pratique de la loi. Un tel système est donc nécessairement insuffisant ; appliqué démesurément il donne lieu à de grandes contradictions et rend impossible l'évolution de la loi.

Cette insuffisance du système casuistique a été perçue depuis longtemps. Il nous paraît intéressant de rappeler qu'en droit romain, où le texte législatif était la « loi du particulier », nous trouvons des déclarations de jurisconsultes contre le sens casuistique qu'on voulait quelquefois attribuer au droit. Car, disaient-ils, *neque leges, neque senatus consulta ita scribi posunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehenduntur*¹ ». Aussi, si ce système s'est encore manifesté dans certains codes, si le besoin de l'admettre a été encore quelquefois soutenu, l'unanimité des auteurs est aujourd'hui d'accord pour demander sa suppression².

Et qu'on ne craigne pas qu'en écartant le casuisme de nos Codes, on tombera nécessairement dans l'abus contraire, celui de l'abstraction ; ces craintes, qui ont été quelquefois émises³, nous paraissent aujourd'hui purement chimériques.

Avant d'aller plus loin, nous tenons à ajouter qu'on ne doit pas confondre *la casuistique* et *l'intégralité de la loi* ; s'il n'est pas permis, en effet, que le législateur réglemente avec excès l'ensemble des formes extérieures des différentes situations juridiques, il doit cependant

1. Julien, D., I, 3, 10.

2. V. notamment Ihering, *Esprit du droit romain*, t. I, qui constate que « la vie a de si inépuisables combinaisons, que la casuistique la plus riche d'un Code paraîtrait toujours mesquine en présence de ces espèces toujours renouvelées » (p. 40); Vavasseur, *Les Sociétés civiles et commerciales*, 1883, p. XVIII-XIX; Planck, *Zur kritik des Entwurfes eines B. G. B. für das Deutsche Reich*, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 1889, t. 75, p. 423; Endemann, *op. cit.*, t. I, p. 45; Bierling Rudolf, *Juristische Prinzipienlehre*, 1911 : « plus général est le but de la loi, moindre est la possibilité de parvenir par un règlement casuistique complet » (p. 442); Justus Wilhelm Hedemann, *op. cit.*, p. 316; Korkounov, *op. cit.*, p. 196; Gény, A propos du livre de Saleilles, *De la déclaration de volonté*, *Ann. du droit comp.*, 1901, p. 338; Kohler, *op. cit.*, p. 346; Saleilles, Questionnaire sur le mariage, *Bull. Soc. ét. lég.*, 1907, p. 323; Hermann Weck, *Die Sprache im Deutschen Recht*, 1913, p. 48; Colmo, *op. cit.*, n° 86.

3. V. Bähr, *op. cit.*, qui déclare : « les propositions souvent théoriques sont la conséquence de la tendance d'éviter la casuistique. Plus la loi s'éloigne des apparitions concrètes de la vie, plus elle est forcée de parler par des propositions abstraites ayant le caractère d'un manuel » (p. 325).

s'attacher à résoudre les points juridiques les plus importants, présentant une utilité dans la rédaction du texte légal. Il le fera dans des formules générales ou spéciales... Car si la casuistique n'est pas admise, il en est tout autrement des dispositions spéciales employées dans la loi d'une façon non abusive ; leur intervention est alors non seulement utile mais nécessaire.

271. Nous avons vu que toute loi commence par des règles spéciales avant de s'élever à des règles générales ; cela lui donne plus de sécurité par la suite. De plus, les faits juridiques, dont nos législations font si souvent emploi, ne se prêtent pas à la généralisation ; il n'y a lieu de procéder à leur égard que par des dispositions spéciales. Il en est de même pour les exceptions que la loi pose à la règle générale ; celles-ci ne peuvent avoir qu'un caractère spécial¹.

Nous avons enfin souvent dit qu'il y a des matières juridiques qui, par le but qu'elles sont appelées à satisfaire, sont destinées à avoir un caractère plus précis que les autres ; il en est ainsi notamment des règles se référant au droit des choses, au transfert de la propriété, à l'ensemble des éléments que nous avons réunis sous le titre de « Facteurs économiques dans le Code ». Cette précision paraît aussi nécessaire pour assurer la responsabilité des personnes, dans les cas prévus par la loi. On ne peut en effet y arriver sans établir, par des règles spéciales, l'obligation des parties². »

Ce qui importe surtout, dans les cas cités plus haut, c'est d'assurer la sécurité suffisante aux parties et aux tiers ; aussi est-il nécessaire d'avoir des règles suffisamment précises. Celles-ci, on le conçoit facilement devront présenter un caractère spécial, nettement limité.

1. V. cependant Bierlinz Rudolf, *op. cit.*, qui constate qu'« il y a des dispositions d'exception qui par leur nature doivent être plus générales, parce qu'elles établissent des exceptions pour un grand nombre de règles ; par exemple, *Dispositions relatives à la défense légitime* », p. 442.

2. V. même sens, Perreau, loi du 17 mars 1905, *Rev. crit.*, 1911, qui constate l'insuffisance de cette loi « trop générale et trop vague » ; aussi devait-elle « susciter fatalement des difficultés d'interprétation (p. 452). »

On arrivera ainsi à éviter une trop grande mobilité dans les matières où le besoin de maintenir la stabilité des situations acquises ou d'assurer la responsabilité des parties l'emporte pour beaucoup. La rigidité du texte en augmente l'intelligibilité ; on évite l'arbitraire du juge et on accorde une sécurité suffisante aux contractants.

Si nous admettons que le législateur doit faire appel, dans ce cas, à des dispositions spéciales suffisamment précises, pour marquer les contours à établir, nous croyons cependant que tout système purement casuistique doit être exclu.

Plus que partout ailleurs, il importe que la matière à traiter soit réglée d'une façon claire ; or, cela nous paraît impossible, si on augmente démesurément le nombre des textes.

Quelles que soient la précision et la sécurité nécessaires en cette matière, on ne pourra arriver à une formule mathématique qui trouve invariablement son application. Aussi, le législateur doit-il se contenter de poser des règles pour les cas juridiques les plus importants, qui ne peuvent être sujets à changements et abandonner pour le reste l'évolution de la matière aux mouvements de la doctrine et de la jurisprudence.

Il résulte, de tout ce qui vient d'être dit, que des règles spéciales, rigides, doivent être admises, lorsqu'il s'agit de situations juridiques nouvelles ou de celles qui ne peuvent être abandonnées à l'évolution de la vie, sans crainte pour la sécurité des parties ; tout excès et abus en cette matière risquent de détruire la clarté et la compréhension de la loi. Nous avons vu de plus que, quelle que soit la précision nécessaire, on ne peut atteindre à des formules mathématiques trouvant leur application dans tous les cas et empêchant l'évolution de la loi. La mobilité de la vie empêche, en effet, d'établir des cadres trop rigides, elle ne peut être arrêtée dans sa marche. Aussi, avons-nous vu que le progrès a consisté, en matière de technique législative, comme en matière de technique juridique, à partir des cas particuliers pour s'élever à

des normes générales. Nous passons ainsi au deuxième caractère de la loi, que nous nous étions proposé d'étudier au cours de ces développements : nous voulons parler du caractère général.

272. Général. — Il consiste en ce que le législateur, au lieu de se réduire à des dispositions particulières, limitativement déterminées, s'élève à des règles plus larges, appelées à recouvrir un grand nombre de situations spéciales.

Ce système présente le grand avantage d'économiser le temps et la force, tant dans la rédaction que dans l'application de la loi ; il facilite par là son évolution. Aussi paraît-il seul possible, pour certaines matières, à une époque donnée de l'évolution du droit¹.

Il faut reconnaître cependant que de telles règles ne présentent pas toujours une sécurité suffisante pour les parties. De plus, quel que soit le matériel examiné au moment de leur établissement, elles risquent d'être insuffisantes et de ne pas couvrir toujours complètement toutes les situations juridiques nouvelles.

Nous commencerons par étudier les dangers des règles à caractère général, pour examiner ensuite les avantages qui en résultent et les matières auxquelles elles s'appliquent. Nous dirons enfin quelques mots au sujet de leur construction.

273. L'inconvénient qui résulte de telles dispositions consiste dans l'imprécision que les règles légales confèrent quelquefois aux matières auxquelles elles s'appli-

1. Aussi certains auteurs voient-ils dans les règles élastiques, des règles de progrès, v. Justus Wilhelm Hedemann, *op. cit.*, p. 316; Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, t. II, 1923 : « plus une législation se perfectionne, plus elle laisse place au fait, en vue d'acquiescer la souplesse nécessaire en présence des relations sociales de plus en plus compliquées » (p. 435); Ihering, *L'esprit du droit romain*, t. IV, p. 132; Hermann Weck, *Die Sprache im Deutschen Recht*, 1913, p. 11-12; Gmür, *Kommentar zum Schweiz Zivilgesetzbuch*, Band 1, Bern, 1913, p. 31; A. Colmo, *op. cit.*, p. 184, n. 85; Clovis Bevilacqua, préface au Code civil brésilien, *op. cit.* Après avoir rappelé que le Code civil brésilien « est l'un des moins étendus, il ne compte que 1.807 articles », l'auteur ajoute : « cette brièveté a été obtenue par le caractère synthétique de notre Code. Les règles sont posées d'une manière générale avec assez de souplesse pour pouvoir s'appliquer aux cas particuliers » (p. XLIX).

quent ; ce qui domine, en effet, ces règles, c'est le principe de l'adaptabilité de la loi aux circonstances toujours changeantes de la vie. Il en résulte quelquefois un manque de sécurité dans la loi ; aussi leur emploi a-t-il été exclu, comme nous l'avons déjà vu, pour les matières où ce manque de sécurité pourrait présenter de grands dangers pour l'ordre économique ou juridique préétabli.

Afin d'éviter l'arbitraire et des changements trop brusques, on remplace dans ce cas les règles générales par des normes particulières.

Quant à l'insuffisance de ces règles, elle résulte de leurs défauts techniques ; aussi le législateur doit-il, lorsqu'il pose de telles règles, connaître d'une façon précise la nature intime de l'institution à réglementer ; cela évitera, par la suite, que la formule établie ne soit pas insuffisante pour recouvrir toutes les situations juridiques nouvelles. Il doit, de plus, donner à ses formules un caractère suffisamment large et souple pour leur permettre d'évoluer avec les besoins de la vie : car il ne faut pas qu'il oublie que c'est le principe de l'adaptabilité de la loi à la vie qui l'emporte en cette matière.

Quant aux défauts qu'on invoque souvent et qui résultent de la confusion entre la règle générale et la règle abstraite, nous croyons qu'une distinction préalable s'impose. La généralité de la règle légale conduit souvent à l'abstraction, mais elle n'y conduit pas nécessairement ; nous avons vu, en effet, que le législateur, lorsqu'il généralise, part toujours de cas plus ou moins particuliers. Il peut le faire en rompant tous rapports entre la règle légale et la vie, et en conférant à ses dispositions un caractère nettement abstrait. Il faut ajouter que la tendance n'est pas dans ce sens et que les codifications les plus modernes, tout en conservant un caractère général à leurs dispositions, leur maintiennent une nature nettement concrète.

274. Quant aux avantages qui résultent de ces formules, ils sont multiples. C'est ce que nous nous proposons de dire maintenant.

Nous avons vu, lorsque nous avons parlé du caractère particulier de la loi, que le danger d'une telle formule est de ne pouvoir évoluer suffisamment vite avec les changements extérieurs de la vie ; son caractère rigide ne lui permet pas de se plier aux circonstances nouvelles et de recouvrir les situations juridiques non prévues par le législateur. Cela en fait la force en ce qu'elle assure la précision suffisante dans les matières où elle intervient ; mais en même temps, elle ne peut suffire au principe de l'adaptabilité de la loi à la vie.

Or, nous avons vu que ce principe régit de plus en plus notre technique législative moderne. Il paraît donc normal d'inclure dans la loi des formules plus conformes à ce principe ; c'est le cas des règles générales qui permettent l'adaptabilité de la norme juridique aux cas spéciaux de la vie. Ce qu'elle perd en précision, elle le gagne en facilité d'évolution, en équité... Les règles générales se plient aux situations nombreuses de la vie et permettent d'individualiser la règle suivant le cas.

Aussi, le besoin de ces formules larges, souples, a apparu depuis longtemps ; il suffit de nous rappeler, pour nous en rendre compte, comment, sous l'influence du droit provincial, puis du droit prétorien, on introduisit dans les formules rigides, spéciales, de l'ancien droit, l'*exceptio doli*. Grâce à elle — qui était accordée par le préteur dans un grand nombre de cas —, la norme légale s'élargit de plus en plus. On arrivait ainsi non seulement à un droit plus équitable, plus juste, mais à des formules plus larges, plus souples, pouvant servir à des situations juridiques tout autres que celles pour lesquelles elles avaient été créées¹.

1. « Dans le droit romain, un des meilleurs moyens de l'équité contre la formule abstraite consiste dans l'*exceptio doli*, — l'autre soupape d'équité la *restitutio in integrum* » (Hartmann, *Der civil-Gesetzentwurf, das Aequitäts-princip und die Richterstellung, Archiv für die Zivilistische Praxis*, t. 79, 1888, p. 347 ; v. aussi Endemann, *op. cit.*, qui constate : « nous avons comme modèle non dépassé, l'application de la *bona fides* par les juristes romains. Ils ont, par là, développé un grand nombre de règles, dont l'acceptation dans le B. G. B. présente une valeur incomparable pour notre développement juridique » ; et enfin les très remarquables leçons faites à ce sujet par notre ancien maître, M. P. Colinet, Cours de Pandectes, professé à la Faculté de Paris en l'an 1925-1926.

Nous verrons par la suite que le procédé du préteur romain est employé aujourd'hui dans la construction des règles générales ; c'est le cas des nombreuses formules légales contenant un élément moral qui leur assure une grande puissance d'évolution.

Ainsi la formule légale générale présente le grand avantage de pouvoir se plier à un nombre infini de situations particulières ; elle permet l'évolution de la loi et l'individualisation de la règle. Il en résulte la possibilité pour la loi de subsister pendant longtemps, sans devoir être soumise à de trop nombreuses modifications. Cela présente un important avantage pratique. Nous avons vu, en effet, que toute loi donne naissance à un travail doctrinal et jurisprudentiel qui est non seulement appelé à appliquer la loi, mais à la compléter ; de plus, les rapports juridiques toujours si fréquents des parties, donnent naissance à la création, en marge du texte légal, de coutumes juridiques.

Coutumes, travaux jurisprudentiels et doctrinaires, tous complètent la loi ; on comprend facilement l'insécurité qui en résulterait pour la vie, si le texte légal était soumis à de trop fréquentes modifications.

En dehors même de ces avantages, la présence des formules générales dans la loi en présente bien d'autres. Réunissant un grand nombre de cas particuliers, elles arrivent à diminuer pour beaucoup l'étendue de la loi : elles évitent des redites et répétitions inutiles ; elles contribuent ainsi à l'unité de la pensée dans la loi et augmentent la clarté et la force des dispositions légales ; elles en facilitent l'interprétation.

Il résulte de ce qui vient d'être dit, que les dispositions générales de la loi en facilitent la rédaction ; elles en augmentent la clarté, la force et la durée ; elles permettent l'évolution de la loi et son individualisation. Il ne faut cependant pas oublier que leurs cadres larges, flexibles, n'offrent pas suffisamment de précision aux opérations juridiques. Aussi, ne doivent-elles pas intervenir en certaines matières où la sécurité de la vie l'emporte

sur l'adaptabilité de la loi. De plus, tout excès en matière de généralisation doit être écarté : il conduit à des règles abstraites et risque de détruire les rapports existant entre la loi et la vie.

275. Il y a lieu de nous demander maintenant quelles sont *les matières juridiques* où le principe de l'adaptabilité l'emporte sur celui de la sécurité, et qui, par conséquent, demandent à être exprimées par voie de formules générales.

Nous avons déjà dit que les règles générales apparaissent dans les institutions légales sujettes à évolution ; il en est ainsi notamment de celles présentant un caractère nettement moral.

En passant dans le Code, ces règles demandent des formules appropriées¹ : tout en s'imprégnant de la précision technique nécessaire à la loi, elles lui impriment à leur tour un caractère plus large, plus souple que celui du facteur économique par exemple². On perçoit ici facilement les rapports d'interférences existant entre le fond et la forme de la loi. Nous citerons les exemples nécessaires à cette matière, dans l'étude qui portera sur les différents Codes plus importants.

Il importe cependant de relever, dès maintenant, comment les *différents éléments moraux*, en passant dans la loi, en ont élargi la formule. Il en est ainsi notamment des notions de « bonnes mœurs » et « d'ordre public » variant « dans le temps et dans l'espace³ » qui, en pénétrant dans nombre d'articles de nos Codes civils modernes, leur ont permis de se conformer à l'appréciation de la pratique du moment. Il en est de même de la notion de « bonne foi » qui joue encore aujourd'hui le même

1. Aussi ne croyons-nous pas qu'elles puissent faire l'objet de dispositions précises comme on l'a cru quelquefois. V. Desserteaux Merc, *Abus du droit ou conflit des droits*, *Rev. trim. du droit*, 1906, p. 139.

2. V. là-dessus Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, conférences, 1925, p. 237 et s.; G. Del Vecchio, *Sur les principes généraux du droit*, *Rev. crit.*, 1926, p. 237; Saleilles, *Méthodes juridiques*, conférences, 1911, p. XV; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, p. 413-414; Gény, *Science et technique*, t. III, qui constate que cette règle s'applique aussi aux expressions politiques et économiques (p. 469 & note 1).

3. G. Baudry-Lacantinerie, *Des personnes*, t. I, 1907, n° 268.

rôle de « soupape d'équité » qu'elle avait dans le droit romain.

Nous verrons par la suite, d'une façon approfondie, comment ces éléments moraux facilitent l'application de la loi par le juge. Nous tenons simplement à noter ici le caractère souple, évolutif, qu'ils impriment aux cadres où elles s'appliquent. On comprendra l'importance de ces notions pour la rédaction de la loi, si on se rappelle qu'elles ne se limitent pas au domaine spécial « des affaires »¹, mais qu'elles interviennent tant dans la matière de la famille que dans celle des biens². C'est ce qui explique la présence de règles souples, larges, en matière de biens.

A côté de ces éléments nettement moraux, intervenant dans la rédaction des formules de la loi et en élargissant le sens, nous trouvons un ensemble d'*institutions où le côté idéal domine*. C'est le cas des nombreuses institutions se référant à la famille, — que nous avons citées ailleurs, — et où, à côté des règles rigides, inchangantes, de caractère spécial, apparaissent de plus en plus des normes générales. On a souvent noté, par exemple, le caractère superflu et insuffisant des règles spéciales en matière de causes de divorce³, la nécessité pour le législateur de les remplacer, là où elles existent, par des formules générales ; il en est de même des causes de nullité du mariage. Il est ici nécessaire de poser des règles générales et d'abandonner à la pratique l'évolution de la loi. Si on ajoute encore le caractère moral de l'obligation naturelle et les nombreuses applications faites en droit de famille, on comprendra l'importance des règles générales en cette matière.

1. Nous avons déjà suffisamment dit, — nous le dirons encore par la suite, — combien grande est l'importance de concepts moraux en cette matière. Nous tenons simplement à rappeler ici que certains Codes civils (Code brésilien) et certains projets de Code (A. P. G. B. tchécoslovaque dans son article 1162) vont jusqu'à considérer, comme « raisons graves » entraînant la dissolution du contrat de services, « les circonstances morales ».

2. Aussi certains auteurs parlent-ils de « la moralisation, de l'idéalisation du droit de famille et du droit de patrimoine » (Fabel, *op. cit.*, p. 308).

3. V. Albert Tissier, Rapport sur la question de l'exclusion des causes du divorce, *op. cit.*, p. 131; Renard, *op. cit.*, p. 240.

Si cela est vrai pour le droit de famille, il en est, à plus forte raison, ainsi pour un nombre d'institutions nouvelles présentant un caractère nettement moral : c'est le cas de l'abus du droit, de la propriété littéraire et artistique, de l'imprévision, etc. Dans ces cas, le côté moral qui domine demande des formules larges, générales, d'équité ; elles seules permettent l'évolution de la règle et son individualisation suivant le cas.

En dehors même des cas où les règles générales interviennent pour répondre à des besoins moraux de l'heure, on rencontre de plus en plus, chez le législateur moderne, une « tendance d'abandon », de renonciation à une réglementation précise, pour se contenter de poser des règles générales, des cadres destinés à diriger la vie et étant suffisamment souples pour s'y conformer. Cette tendance est d'autant plus intéressante à noter qu'elle s'affirme en même temps et parallèlement à celle dont nous avons déjà parlé et qui consiste à augmenter le nombre de lois particulières faisant exception au droit commun ¹.

Cette tendance « d'abandon » s'explique par le rôle de plus en plus important accordé au juge et par la conception, souvent rencontrée au cours de ce travail, de ne placer dans le Code que les règles directrices générales. Elle résulte de la complexité toujours croissante de la vie et de l'impossibilité pour le législateur de la comprendre toute dans ses formules ². Elle s'affirme surtout en matière de droit d'« affaires ». Aussi a-t-on pu y voir avec raison l'influence exercée par le droit commercial sur le droit civil.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet du domaine propre des règles générales ; il en résulte que le domaine de ces règles s'élargit de plus en plus. Sous l'influence d'éléments moraux, d'institutions à caractère idéal net-

1. Larnaude, *Le droit public, sa conception, sa méthode, Les méthodes juridiques*, 1911, p. 57 ; cette tendance se manifeste aussi aujourd'hui à l'étranger. V. H. Capitant, préface au *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, 1930, t. I, p. II.

2. V. là-dessus H. de Pages, *De l'interprétation des lois*, t. II, 1925, p. 294.

tement prononcé, enfin, par suite du rapprochement du droit et de l'économie politique, la formule légale acquiert un caractère plus souple, plus général. On est bien loin aujourd'hui de croire que les formules de la loi tendent à des formules mathématiques¹ : elles deviennent de plus en plus des concepts flexibles dont l'appréciation est abandonnée aux juges. La flexibilité est le propre des formules légales ; elles doivent évoluer avec la vie pour pouvoir la servir. Tout arrêt de la loi dans cette évolution en entraîne sa déchéance ; car, nous l'avons dit souvent, les besoins de la vie n'attendent pas, c'est à la loi de les suivre... C'est ce qui fait la faiblesse des Codes purement casuistiques.

Cette flexibilité est plus ou moins grande ; aussi, si elle facilite l'adaptation du texte législatif, il ne faut pas qu'elle empêche toute sécurité dans la loi. Comment peut-on y arriver ? C'est ce que nous nous proposons de dire maintenant en parlant de la construction de la formule générale.

Nous avons vu que pour poser ses règles générales, le législateur partait de situations particulières et arrivait à des formules suffisamment larges pour suffire aux cas nouveaux venant à se présenter.

Il doit cependant éviter, dans ce travail, d'employer des termes trop généraux qui, à cause de leur caractère

1. C'est ce que constatait déjà d'une façon saisissante, le grand juriste que fut Labbé, dans sa Préface à la 1^{re} édition des *Institutions juridiques des Romains*, Ed. Cuq, 1891. Il déclarait à cette occasion : « à aucune époque, la formule actuelle du droit n'est définitive, elle est toujours à réviser. Aussi, dirons-nous volontiers, que les textes législatifs n'ont que la valeur de jalons qui seraient plantés le long de la route parcourue par le droit toujours en marche » ; v. aussi Renard, *op. cit.*, qui en parlant des règles de la loi, constate que : « Le plus grand nombre de nos concepts sont qualificatifs, donc pourvus d'une certaine élasticité » (p. 240) ; V. aussi Rapport présenté au nom de la Commission de l'Enseignement et des Beaux-Arts, qui, traitant des relations du droit et de l'économie politique, relève que « Vouloir faire de la science du droit ou tout au moins d'une partie de la science du droit, une science mathématique, c'est se tromper, c'est exposer à des conséquences désastreuses les études du droit » (p. 346) ; Picard, *Le droit nouveau*, Introduction aux Pandectes belges, 1907, p. 7 ; Justus Wilhelm Hedemann, *Die Kunst gute Gesetze zu machen*, Festschrift Otto Gierke, *Zum Siebzigsten Geburtstag*, p. 316 ; Discussion du projet de loi sur la lésion (proposition de loi de MM. Guibal et Dupin), *Bull. Soc. Et. lég.*, 1921, p. 47 ; G. Ripert, *op. cit.*, p. 413 ; Gény, *Science et technique*, t. I, p. 75 & s. ; Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, p. 324 ; Alvarez, *Nouvelle conception des études juridiques*, *op. cit.*, p. 100.

abstrait, ne trouvent pas leur application pratique par la suite. Il ne faut pas, en effet, qu'il oublie que la norme légale doit demeurer continuellement en rapports avec la vie ; car ce n'est qu'ainsi qu'elle pourra la diriger, tout en recevant d'elle l'empreinte nécessaire à son évolution¹. Aussi, toute règle générale doit pouvoir se relier à des situations de fait plus ou moins nombreuses, sans jamais présenter un caractère tellement vague et imprécis que toute supposition quant à ses conséquences normales ne puisse être faite d'avance.

Il ne faut en effet pas oublier qu'elles sont appelées non seulement à adapter la loi aux circonstances de la vie, mais à assurer une sécurité suffisante aux parties. Aussi, quelle que soit la liberté qui doit être accordée aux juges, il faut, afin d'éviter l'arbitraire, la subordonner soit à des circonstances extérieures à la loi, mais conformes à la vie juridique, soit même à des éléments intérieurs à la loi.

Certes, des règles trop précises ne peuvent exister en cette matière et les auteurs sont d'accord pour reconnaître que tout est une question de « tact » de la part du législateur². Nous tenions cependant à noter que le besoin de sécurité exige souvent de limiter l'arbitraire du juge. C'est ce que nous verrons par la suite. Nous

1. C'est ce que constatait déjà M. le Professeur Meynial dans son article remarquable sur : « La déclaration de volonté », *op. cit.*, lorsqu'il disait : « la loi, expression de la conscience générale, essentiellement mobile et flottante, doit rester en contact permanent avec celle-ci et s'efforcer d'arriver à un mécanisme qui lui permette de refléter dans leurs grandes ondulations tous ses changements » (p. 569); v. aussi sur la nécessité de mettre d'accord à chaque instant le texte de la loi avec la vie, P. Isambert, *L'évolution des études juridiques, La science sociale*, 1897, t. XXIII, p. 108; Saleilles, Conférence sur « Les rapports du droit et de la sociologie », *Rev. intern. de l'Enseign.*, 1904, 2: Saleilles déclarait que la loi est devenue un moule très flexible qui donnera l'empreinte du droit aux phénomènes nouveaux issus de la loi et qui recevra d'eux à son tour une empreinte sociale incessamment progressive » (p. 430); Picard, *Le droit nouveau, op. cit.*, p. 20-22; v. aussi Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, 1919, qui, parlant des innovations introduites par le Code civil suisse, ajoute : « Il nous fait entrevoir que la vie réelle du droit ne se rencontre que dans le concret, que toute ces abstractions par lesquelles nous la dégageons de celui-ci pour en généraliser les règles, ne sont que des moyens factices, destinés à simplifier une réalité à laquelle il faut toujours revenir dès qu'il s'agit d'écouler définitivement et de mettre en pratique les solutions adéquates aux besoins effectifs de la vie sociale » (p. 329).

2. Zitelmann, *op. cit.*, p. 27, p. 48; Colmo, *op. cit.*, n° 85, p. 184.

passons maintenant à l'étude des caractères généraux et spéciaux dans le Code civil français, Code civil allemand, Code civil suisse.

276. Code civil français. — La nécessité pour le législateur d'écarter, dans la rédaction de ses articles, le système de la casuistique et de se limiter à poser des règles générales, a été nettement perçue lors des travaux préparatoires du Code civil français. Nous trouvons, en effet, souvent affirmé ce besoin. Il résulte de l'impossibilité pour le législateur de tout prévoir. Aussi doit-il se contenter de poser « des principes lumineux et féconds en conséquences ¹ ».

Quelle que soit la valeur de ces généralisations pour l'application de la loi, il faut, pour qu'elles puissent accomplir leur fonction, qu'elles conservent le caractère de règles « positives » ².

Le codificateur français de 1804 avait donc déjà perçu la distinction, que certains semblent ignorer aujourd'hui, entre la généralisation et l'abstraction. Ces deux termes vont souvent ensemble, mais ne se supposent point ; aussi, ne doivent être maintenues dans la loi que les règles générales qui ont conservé leur caractère pratique, car seules elles peuvent être « aisément saisies et appliquées ».

Tels sont les principes qu'on rencontre souvent dans les travaux préparatoires : réduire la loi à des règles générales concrètes, pouvant évoluer avec la vie et être facilement saisissables. Quant au reste, aux détails variables de la loi, il faut les abandonner à la jurisprudence ; c'est à elle, à l'expérience de la vie, « de combler successivement les vides que nous laissons ³ ».

1. Grenier, Rapport au Tribunat, 9 ventôse an XI, Fenet, t. VI, p. 375 ; v. aussi sur la nécessité de ces principes dans l'interprétation de la loi, Cambacérès, Discours préliminaire prononcé au Conseil des Cinq-Cents, lors de la présentation du 3^e projet de Code civil, au nom de la Commission de classification des lois, Fenet, t. I, p. 140-141 ; Joubert, Discours au Corps législatif, 30 ventôse an XII, Fenet, t. I, *Précis historique*, p. VI ; Portalis, discours au Corps législatif, 15 ventôse an XI, Fenet, t. VI, p. 358. ¶

2. *Ibid.*

3. V. Portalis, discours préliminaire Fenet, t. I, p. 474, t. I, p. 469.

Le législateur français arrive ainsi à fixer du même coup, l'importance des textes généraux dans la rédaction de la loi et le rôle de la jurisprudence dans son évolution. Nous verrons, par la suite, comment ces principes ont été appliqués et suivis dans le Code. Nous nous contenterons, pour le moment, d'en constater l'importance.

Conformément aux volontés manifestées dans les travaux préparatoires, le Code civil français contient un grand nombre d'articles constituant des règles d'un caractère tout général ; il en est ainsi notamment des articles souvent cités : 6, 1134, 1182, 1137, 2279, etc... Il fait aussi intervenir, dans la rédaction de ses formules, les éléments moraux de « bonne foi », « ordre public », « bonnes mœurs », et arrive ainsi à élargir pour beaucoup leur domaine d'application. Souvent, il fait dépendre l'application de ses préceptes de l'appréciation des circonstances par le juge : tel est le cas en matière d'absence (art. 115-129), de l'inaliénabilité de la dot (art. 1558-1559) ; ou bien encore, il demande d'apprécier l'obligation des parties « suivant les soins d'un bon père de famille » : tel est le cas en matière de responsabilité de l'administrateur des biens d'autrui (art. 374), de la fixation de l'obligation du débiteur (art. 1137, al. 1). On a enfin relevé avec raison, nous l'avons démontré nous-même au cours de ce travail, que le législateur français se contente souvent de ne poser que quelques principes généraux, de résoudre les cas particuliers les plus importants et d'abandonner le reste à l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine.

Ce système, qui présente un avantage indiscutable pour la matière des conventions, peut, appliqué d'une façon trop absolue, donner lieu à de grandes difficultés et contradictions : il en est ainsi notamment pour la matière de la famille, des biens, etc... Nous avons vu déjà celles qui résultent d'articles tels que l'art. 389, 555, 1166 et 1167 ; ou bien encore, les nombreuses contradictions qui existent en matière de « privilèges sur les immeu-

bles » et qui résultent de l'insuffisance des dispositions consacrées par exemple au privilège du vendeur ou à celui des architectes, par les articles 2103, al. 1 et 4.

Dans tous ces cas, la nécessité pour le législateur d'être plus précis, de consacrer à ces matières un nombre plus grand de règles particulières, apparaît incontestable ; le besoin de la sécurité à accorder aux parties l'emporte ici sur celui de l'adaptabilité. Aussi, le législateur postérieur au Code est-il intervenu souvent pour combler ces lacunes.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet des règles générales dans le Code civil français. Le législateur ne réglemente que les situations juridiques les plus importantes ; il le fait d'une façon générale, sans s'attacher aux circonstances spéciales qu'il abandonne à la jurisprudence. Quant aux raisons qui expliquent de telles dispositions, elles ne sont pas seulement d'ordre moral¹, elles résultent aussi de la conscience qu'a eue le législateur français de l'impossibilité pour lui de tout prévoir.

En dehors de ces dispositions générales, qui ont facilité l'évolution du texte légal et son application aux nombreuses situations nouvelles apparues par la suite, le Code civil français contient un nombre de règles particulières. Ce sont celles qui se réfèrent à la propriété, au droit des choses, au partage des successions, enfin, à l'ensemble des matières que nous avons étudiées sous le titre de « Facteurs économiques dans le Code ». Il suffit de parcourir les titres consacrés « au droit des biens » (l. 2, t. 1), à l'usufruit, l'usage (l. 2, t. 3) ; nous y trouvons un grand nombre de distinctions et de cas spéciaux. Ce système est d'ailleurs le seul possible en matière de biens où la sécurité des parties doit l'emporter.

Il faut cependant ajouter que tout abus dans les distinctions établies par le législateur peut présenter des dangers ; il conduit alors à un système casuistique qui

1. On a cependant noté avec raison que dans le Code civil français, maint article est resté plus ou moins à cheval sur la morale et le droit. F. H. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, 1923, t. II, p. 504.

paraît insuffisant, par suite de son impossibilité de tout prévoir et par le manque de clarté qui en résulte. Il ne peut arrêter l'évolution de la vie qui le dépasse et qui le rend par suite inutile.

Aussi, nous semblé-t-il qu'un certain nombre de distinctions auraient dû être écartées de la matière des biens. Il en est ainsi de ceux de l'article 529 qui nous paraissent aujourd'hui foncièrement inutiles, il en est de même des nombreuses distinctions établies en matière « d'immeubles par destination ». L'insuffisance de leur limitation semble avoir été perçue par le législateur lui-même, puisqu'il se contente de poser, à la suite des exemples qu'il donne, une formule toute générale.

Il résulte, de ce qui vient d'être dit, que le législateur français consacre, en matière du droit des biens et de propriété, un nombre de dispositions à caractère spécial ; si la légitimité de telles dispositions est incontestable, il en est tout autrement de celles qui se réfèrent aux causes du divorce, à la matière de la donation, de celles de l'usure et de la lésion.

Nous savons déjà que, préoccupé avant tout de la sécurité des parties, le législateur français essaye de limiter, d'une façon précise, le quantum de l'usure et les cas de la lésion. Cette limitation a paru depuis toujours insuffisante. L'intérêt moral qui domine souvent ces matières, les nombreux cas et circonstances nouvelles qui y apparaissent, exigent que ces règles spéciales soient remplacées par des normes générales¹. On saisit ici à nouveau les rapports étroits existant entre la forme et le fond et l'impossibilité pour le législateur d'enfermer le facteur moral dans des formules trop étroites.

Quant à la donation, on a souvent relevé les défauts et contradictions qui résultent de cette réglementation². Il en est de même pour les causes absolues du

1. V. quant à la supériorité d'un tel système, Géný, *op. cit.*, t. III, p. 64-65 ; v. aussi la Discussion du projet de loi sur la lésion (proposition de MM. Guibal & Dupin), *Bull. Soc. Et. lég.*, séance du 15 décembre 1921, et les intéressantes interventions de M. Moricaud, doyen de la Faculté de droit de Genève, p. 32, 46, conseiller Fabry, n. 47, Ambroise Colin, p. 48.

2. V. Géný, *Science et technique*, t. III, 1923, p. 155.

divorce établies par le législateur dans les articles 229-231 ; dans les deux cas, la pratique de la vie a montré l'insuffisance des formules spéciales à arrêter son évolution¹ et le besoin pour le législateur de les remplacer par des formules plus larges, plus souples... C'est ce qu'ont fait, d'ailleurs, les Codes modernes qui ont suivi.

Il résulte de nos développements précédents que le besoin pour le législateur de se limiter à poser des règles générales a été nettement perçu par les rédacteurs du Code, cela au moins pour les matières autres que celle des biens où le besoin de la sécurité l'emporte sur toutes autres considérations.

L'impossibilité de tout prévoir, de tout décider, est un fait nettement perçu par lui ; c'est ce qui explique le caractère général du Code civil français, sa nature peu précise et souple. Lorsqu'il a essayé de s'en départir, il a été dépassé par la vie.

On a souvent critiqué ce système en affirmant son infériorité sur certains autres qui devaient suivre ; il comprend des lacunes et ne satisfait pas aux principes de l'intégralité de la pensée dans la loi². Il y a certes beaucoup de vrai dans cette affirmation ; il ne faut cependant pas oublier que c'est grâce à son caractère général, essentiellement pratique, que le Code civil français a pu survivre tout un siècle.

277. Code civil allemand. — Le B. G. B. présente quant à la rédaction de ses formules, un caractère com-

1. Aussi, s'est-on demandé quelquefois, s'il ne fallait pas remplacer la formule de l'art. 231 et énumérer dans la loi d'une façon limitative « les cas qui paraîtraient devoir être retenus comme motifs suffisants de rupture ». On a répondu avec raison que la chose était impossible car « les hypothèses dans lesquelles il peut y avoir lieu à divorce sont si nombreuses et variées... » (Albert Tissier, Rapport sur la question de l'extension des causes du divorce, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 131).

2. Il en est ainsi notamment pour la matière de la tutelle, — dont l'insuffisance manifeste a été souvent relevée ; v. E. Martin, Les droits et pouvoirs du père comme administrateur légal, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 292 ; v. aussi quant à l'insuffisance de l'inaliénabilité de la dot, Ambroise Colin, *Gazette du Palais*, 1886, 21 octobre 1886, p. 3, col. 3 ; Ambroise Colin, Rapport sur « les questions relatives à la protection et à la tutelle des enfants naturels », *Bull. Soc. Et. lég.*, 1903, p. 29 ; Raoul de la Grasserie, *op. cit.*, p. XIX.

plètement distinct du Code civil français. Il résulte du désir de tout prévoir de tout limiter. Aussi offre-t-il souvent un ensemble casuistique ; il se rapproche par là du A. L. R. ¹.

Il s'en distingue cependant, par le grand nombre de règles générales, souvent abstraites, qu'il contient. Aussi, alors que le A. L. R. avait plus de 19.000 articles, le B. G. B. en contient un nombre relativement beaucoup plus restreint.

Nous étudierons successivement le caractère casuistique et général dans le B. G. B.

Le système casuistique résulte, chez le législateur allemand, du désir, souvent manifesté, de lier le juge par un ensemble de dispositions ² présentant le caractère de véritables formules mathématiques. Aussi, a-t-on souvent relevé non seulement de nombreuses dispositions existant en matière de famille et de biens, mais encore celles que le législateur consacre à la responsabilité fautive ³.

Nous avons dit, en effet, dans nos précédents développements, que le législateur allemand remplace la formule générale de l'article 1382 par un grand nombre de dispositions, qui s'enchevêtrent et essayent de prévoir l'ensemble des cas où cette responsabilité peut donner lieu à une action ⁴. Quelle que soit la valeur d'un tel système, à d'autres points de vue, il faut reconnaître qu'il est inférieur à la formule large, souple, de l'article 1382. On ne peut concevoir, en effet, que le législateur puisse prévoir à l'avance l'ensemble des faits susceptibles de donner naissance à responsabilité ; même si cela était possible au moment de la rédaction du Code,

1. Bähr, *Entwurf eines B. G. B.*, op. cit., t. I, p. 556; cette tendance se manifeste aussi dans les lois postérieures au Code civil. V. Behrend, op. cit., p. 143.

2. Kohler, op. cit., *Rheinische zeitschrift*, 1913. L'auteur constate cette tendance et ajoute qu'appliquée « à la charge de la preuve » elle « s'est prouvée tout à fait inapplicable » (p. 2).

3. Il en est de même en matière de *présentation d'une chose*; le système employé par le législateur allemand est nettement casuistique, v. art. 809 et s.

4. V. Gény, *La technique législative*, op. cit., 1030.

des faits nouveaux rendraient, par la suite, ce système insuffisant.

S'il en est ainsi pour la matière de la responsabilité, il en est tout autrement pour celle de la famille et des biens. Nous avons vu déjà les nombreuses dispositions qui s'y réfèrent ; aussi n'y reviendrons-nous pas. Nous tenons simplement à déclarer que ce système nous paraît supérieur au système similaire français, en ce qu'il assure une meilleure protection des tiers et l'exécution des obligations des parties.

A côté de ces dispositions spéciales, destinées à assurer la sécurité aux parties contractantes, ce qui domine dans le Code ce sont les règles à caractère général.

L'expérience faite à la suite de la rédaction du A. L. R. avait suffisamment démontré l'impossibilité pour le législateur de prévoir la totalité des besoins de la vie dans des formules spéciales. Aussi, le législateur allemand remplace-t-il un grand nombre de ces dispositions par des formules à caractère général ; il essaye, à l'aide de ces formules, de régler la plupart des situations juridiques venant à s'accomplir. Il faut ajouter aussi que ce qui l'aide pour beaucoup dans cette tâche, c'est la large part qu'il abandonne aux juges. Elle s'affirme dans les nombreux articles du Code, tels que les articles 138, 826, 1641, 2113, 157, 162, 815, etc., etc...

Il nous paraît intéressant de noter que, dans la plupart de ces articles, le caractère moral domine. C'est lui qui insuffle aux cadres souvent abstraits du Code une vie nouvelle et qui oblige de donner aux juges de larges pouvoirs leur permettant d'individualiser la règle, suivant les cas. Il en est ainsi notamment en matière d'abus de droit¹, d'usure, de dommages-intérêts², de la protec-

1. « L'équité et la bonne foi sont des principes qui dominent l'ordre juridique; de plus en plus ce principe est sorti victorieux des règles rigides des temps plus anciens » (*jus strictum*)... », Crome, *System des B. G. B.*, t. I, p. 67. V. aussi note 14, p. 67, nombreux articles inspirés par la bonne foi: V. aussi Behrend, *op. cit.*, p. 52.

2. V. Justus Wilhelm Hedemann, *op. cit.*, qui déclare : « ainsi s'introduit dans le grand nombre de paragraphes relatifs aux dommages-intérêts, la disposition élastique que chaque violation immorale oblige à réparation. Ce qui est immoral, le législateur ne le dit pas, il laisse la question ouverte.

tion des ouvriers et matière d'obligations.

De plus, comme le facteur moral ne se restreint pas au droit des affaires, mais pénètre la matière du transfert de la propriété ou de la constitution du droit réel, de l'évaluation des dommages-intérêts, nous voyons les formules larges, générales du B. G. B. voisiner avec les règles spéciales. Tel est le cas des articles 674, 675, 697, 715, 720, etc... ; le juge reçoit dans ces dispositions de larges pouvoirs d'appréciation comparables à ceux existant en matière de droit d'affaires¹.

Il en est souvent de même en matière de droit de famille ; qu'il nous suffise de rappeler les nombreux textes permettant aux juges d'intervenir pour protéger l'enfance, ou encore le système que le législateur consacre aux causes du divorce. S'opposant ici encore au Code civil français, qui essaye de limiter les cas de dissolution du mariage, le législateur allemand consacre à côté des causes absolues, des causes relatives du divorce ; il permet au juge, dans ces dernières (art. 1568), de tenir compte des circonstances concrètes de la vie.

Il résulte de ce qui vient d'être dit que le législateur allemand, tout en faisant une large part aux dispositions spéciales du Code, contient un grand nombre de règles générales. L'élément moral qui domine a élargi pour beaucoup les pouvoirs du juge ; nous le verrons d'une façon plus approfondie dans la section suivante. Ces pouvoirs résultent soit de la rédaction de la formule, soit de clauses appropriées accordant aux juges le droit d'appliquer les dispositions légales « suivant les circonstances ». Quoiqu'il le domine, ce système n'est pas le seul dans le Code. Souvent encore, le juge se trouve lié par la casuistique des espèces ou par la rédaction même de la formule. Le caractère général y apparaît encore trop

Il a laissé sur ce point sa fonction d'éducateur au juge ». Il importe de noter que le *beneficium competentiae*, qui accorde au juge allemand de larges pouvoirs de modifications de la clause pénale, n'a été introduit que dans le second projet. V. Hartmann, *Der Zivilgesetz-Entwurf, das Äquivalenzprinzip und die Richterstellung*, op. cit., p. 380.

1. Hartmann, *Der Zivil Gesetz...*, p. 314.

souvent à côté des divisions et des exceptions casuistiques.

278. *Code civil Suisse.* — On a souvent relevé le caractère général du Code civil suisse, s'attachant à ne résoudre que les cas juridiques les plus importants et abandonnant les autres à l'évolution de la science juridique¹. Aussi, nous contentons-nous maintenant de compléter ce qui a été déjà dit.

Le besoin du caractère général pour les formules d'un Code civil a été nettement perçu par le rédacteur suisse² : lui seul assure un domaine d'application suffisamment étendu à la loi, tout en n'augmentant pas démesurément le nombre de ses articles. Aussi, la presque totalité des formules du Code suisse ont un caractère large, souple, sujet à évolution.

Ce caractère résulte de l'importance toute nouvelle donnée dans la rédaction des formules, aux notions de bonne foi, équité, aux nombreux renvois faits aux usages et aux circonstances d'espèce, enfin, aux clauses-souapes qu'on rencontre si souvent dans le Code suisse, telles que, « raison importante », « convenable », « non proportionnelle » ou encore « aux limites de l'ordre juridique », « à la réserve d'une exception légale », pour le cas « où la loi n'a pas décidé autrement. »

On a souvent critiqué le caractère élastique et imprécis de telles formules³ ; il en résulte cependant un large

1. V. notamment Gény, *La technique législative, op. cit.*, qui, parlant du Code civil suisse, constate que : « cette technique d'un nouveau style... met le projet suisse, à l'opposé des législations casuistiques et le spécifie comme un schéma de directives juridiques, plutôt que comme un ensemble de prescriptions destinées à régler tous les rapports de droit » (p. 1030); Renard, *op. cit.*, p. 145; Cosentini, *La réforme de la législation civile* 1913, p. 240; Professeur Dr Gmür, *op. cit.*, p. 31; et surtout la remarquable thèse de M. Lucien Brun, *Le rôle du juge en droit civil suisse*, thèse Grenoble, 1920, p. 14; Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, qui constate que la nouvelle législation « est franchement ouverte à tous les courants qui la puissent varier et assouplir suivant les exigences des cas » (p. 309).

2. Hüber, *Exposé des motifs*, t. I, p. 8.

3. V. notamment Rümelin, qui après nous avoir cité un grand nombre d'articles à formule élastique, les explique par la crainte du législateur suisse « de devenir trainants ou casuistiques ». Il y relève l'insécurité et les difficultés d'interprétation qui en résultent. Enfin, il ajoute : « la question pourra se poser s'il ne serait pas mieux d'écarter ce genre de tournures

pouvoir d'appréciation pour le juge tant en matière d'obligation ¹ qu'en matière de famille ², de biens ³ et de personnes ⁴.

Ces formules apparaissent comme de véritables directives, destinées à être appliquées par la pratique judiciaire aux divers cas de la vie. L'élément moral domine partout. Aussi, ne citerons-nous pas d'exemples d'articles dans ces développements : ils sont déjà trop connus après ce qui vient d'être dit ; nous ne pourrions de plus le faire sans être obligé de citer la presque totalité des articles du Code.

Nonobstant ces considérations et la large part faite aux règles générales dans le Code, nous trouvons un certain nombre de dispositions spéciales se référant aux formes, au cadre dans lesquels se meut le droit des biens en général, ceux de la famille en particulier ⁵.

Il suffit de renvoyer à ce qui a été dit à ce sujet dans notre étude sur le facteur économique dans le Code civil suisse. Le rédacteur du Code lui-même prévoyait d'ailleurs l'impossibilité d'avoir des règles générales, lorsqu'il s'agit de faits non sujets à généralisation ⁶ ; aussi demandait-il, pour ces cas, l'existence de dispositions spéciales dans le Code.

Il nous paraît cependant nécessaire d'ajouter que, tout en conservant leur caractère spécial, ces règles n'offrent pas un système casuistique semblable au Code civil alle-

ou de les remplacer, en mentionnant par voie d'exemples, les limites ou réserves les plus importantes, ou en se servant du moyen des renvois si blâmés dans le B. G. B.... » (Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen-Zivilgesetzbuch, *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*).

Nous ne sommes pas du tout d'accord avec Rümelin, quant à la façon de limiter le texte de la loi, car cela nous conduirait au système casuistique que le législateur suisse a justement voulu écarter. Nous estimons de plus que quelle que soit l'imprécision qui résulte d'un tel système, elle est de beaucoup inférieure à celle qu'entraînerait le caractère casuistique de la loi ; v. aussi note 830.

1. Lucien Brun, *op. cit.*, p. 38 ; Kohler, *op. cit.*

2. V. ce qui a été dit par nous, lorsque nous avons parlé du « facteur moral » dans le Code civil suisse ; v. aussi Lucien Brun, *op. cit.*, p. 80 et s. ; Kohler, *op. cit.*, *Rheinische Zeitschrift*, 1913, p. 7.

3. V. nombreux cas cités par Lucien Brun, *op. cit.*, p. 92 et suiv.

4. Lucien Brun, *op. cit.* p. 80, Rümelin, *op. cit.*, p. 43.

5. Kohler, *op. cit.*, p. 23.

6. Hüber, *op. cit.*, p. 8.

mand ; le législateur suisse s'est contenté de réglementer les principales situations juridiques et d'abandonner les autres à l'évolution de la science¹. Cela lui a permis de consacrer un grand nombre d'institutions nouvelles tout en conservant une étendue limitée.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet du Code civil suisse ; par le caractère général accordé à ses formules, par les larges pouvoirs conférés au juge, il présente un ensemble tout original. Il continue le développement du Code civil français tout en le dépassant de beaucoup².

279. Il résulte de nos études comparées que la formule de la loi perd de plus en plus son caractère de formule juridique proprement dite pour devenir une direction générale, destinée à guider le juge dans l'appréciation des situations concrètes de la vie. Celui-ci acquiert, dès lors, de grands pouvoirs pour aider à l'évolution de la loi. C'est ce que nous verrons dans la section qui suivra.

Quelle que soit l'importance de cette évolution, nous avons vu qu'elle intervenait surtout en matière de droit d'affaires ; elle résulte de la multiplicité des rapports juridiques et de la nécessité d'individualiser la règle suivant les cas. Le codificateur lui-même ne peut le faire sans augmenter démesurément l'étendue de son travail ; même en l'augmentant, il n'arriverait pas à prévoir les modifications nouvelles de la vie. Aussi doit-il se contenter de poser des règles générales, à caractère suffi-

• 1. V. Génv, *La technique législative*, *op. cit.*, p. 1030.

2. V. quant aux points de rapprochement entre le Code civil français et le Code civil suisse, Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, *Livre du Centenaire*, t. I, p. 114; Génv, *La technique législative*, *Livre du Centenaire*, t. II, p. 1009-1010; Génv, *Méthodes d'interprétation*, t. II, p. 323. v. surtout bibliographie citée sur cette page; V., quant aux avantages et inconvénients qui résultent d'un tel système : Génv, *L'Institution des biens réservés dans l'Avant-projet du Code civil suisse de 1900*, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1901-1902, p. 311-312; Lucien Brune, *op. cit.*, qui, après avoir rappelé la nature générale, élastique, des formules du Code civil suisse et les pouvoirs qui en résultent pour le juge, ajoute : « il a cherché à ce que la décision fût toujours appropriée à l'espèce et il se trouve qu'en laissant plus de liberté au juge dans l'application de la loi, loin de favoriser l'arbitraire, il l'aide à rester fidèle à l'esprit de la loi et facilite la formation d'une jurisprudence plus stable et plus cohérente » (p. 64).

samment souple pour pouvoir évoluer avec la vie¹. Il le fait en introduisant dans la rédaction de ses formules les « soupapes d'équité » dont nous avons déjà parlé² ; grâce à elles, le texte légal gagne en équité ce qu'il perd en précision.

Le législateur assure ainsi à la loi une possibilité de renouvellement continu... Cela est non seulement possible, mais même utile pour les matières autres que celles qui sont destinées à fixer les bases de notre droit civil.

Pour ces dernières, que nous avons placées sous le titre de règles constructives du Code, la nécessité d'une réglementation précise, spéciale, l'emporte sur le besoin de l'adaptabilité à la vie. Ce qui importe avant tout dans ces cas, c'est le besoin d'assurer la sécurité suffisante à la vie juridique. Aussi, les règles qui s'y réfèrent doivent-elles être suffisamment précises, tout en évitant une casuistique abusive ; elles empêchent ainsi de trop rapides changements, Lorsqu'elles ne conviennent pas à

1. V. même sens, *Projet de Code des obligations et contrats*, Rapport sur le projet d'un Code des obligations et contrats commun à la France et à l'Italie, p. 39; Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit*, 1906, p. 424, qui constate que l'école moderne demande de conférer un caractère large, élastique aux formules de la loi, afin de leur permettre d'évoluer avec les besoins de la vie. L'auteur s'élève contre cette façon de voir par crainte d'arbitraire; Justus Wilhelm Hedemann, *op. cit.* L'auteur s'élève contre la casuistique du Code civil prussien de 1794. Il déclare qu'aucune législation du monde ne peut avoir prêt pour tout, un article, car « la vie produit de plus en plus d'intérêts nouveaux, et se moque de la casuistique de la loi ». Aussi, l'auteur demande-t-il que la loi contienne le plus possible de règles élastiques, p. 316; v. aussi pour l'Angleterre Earl of Halsbury, *The laws of England*, 1907, t. I. Répondant à tous ceux qui demandent un Code suffisamment complet pour résoudre toutes les difficultés de la vie, l'auteur déclare : « la moindre connaissance de la variété infinie des multiples incidents de la vie humaine nous prouve qu'un tel Code idéal est une impossibilité et que tout ce que l'on peut faire, c'est d'établir certains principes... d'une manière toute générale » (p. CCVII); Ilbert, *Legislative methods and forms*, 1901, Oxford. L'auteur demande que la loi ne contienne que des règles générales, et ajoute : « The more it descends into details, the more likely it is to commit blunders, to hamper action and to cramp development » (p. 125); Leroy, L'éducation du magistrat, *Rev. de Paris*, mai 1905, p. 552; Zitelmann, *Die kunst der Gesetzgebung*, 1904, p. 34; Hartmann, *Der Zivilgesetz-Entwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung*, *op. cit.*, p. 322; Colmo, *op. cit.*, n° 86; Alvarez, *op. cit.*, p. 209 et s.; Van der Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907, p. 7-8; même sens, p. 38.

2. Hartmann, *op. cit.*, p. 347; G. Del Vecchio, Sur les principes généraux du droit, *Revue crit.*, 1926, y voit des « organes respiratoires de la législation » (p. 245); on emploie souvent en droit allemand un grand nombre de termes différents pour désigner ces formules élastiques : tels sont les termes « Kauschuk-paragraphen », ou encore « Ventilbegriffe », cités par Gény, *Science et technique*, t. III, p. 465, note 1.

la société pour laquelle elles ont été créées, elles doivent être modifiées, par le législateur seul, suivant les nouveaux besoins. Elles se réfèrent à l'organisation de la famille, de la propriété, aux droits de la personne, etc...

Pour ces cas, les notions d'équité, de bonne foi, sont bien trop peu précises ; aussi, doivent-elles faire place à des formules plus limitées, plus restreintes, tout en étant elles-mêmes sujettes à évolution...

Nous ne voulons certes pas soutenir par là que l'élément moral doit être complètement banni de ces matières ; nous avons relevé nous-même, dans nos développements précédents, comment la notion d'obligation naturelle trouvait de nombreuses applications dans les formules de nos Codes, se référant à la famille, comment les dispositions appelées à réglementer son bon fonctionnement conféraient souvent de larges pouvoirs au juge. Ce que seul nous prétendons, c'est que les règles légales appelées à fixer les contours de la famille et de la propriété, des droits individuels, soient suffisamment précises pour conférer toute sécurité à la vie juridique.

Nous avons vu quelle a été la réglementation suivie en ces matières par les différentes codifications étudiées ; toutes leur consacrent des règles spéciales, plus ou moins précises.

Aussi, ne pouvons-nous admettre ici encore le système suivi par le législateur soviétique. Tout en consacrant un grand nombre de règles spéciales aux transformations nouvelles intervenues, il accorde de « véritables blancs-seings » à la jurisprudence. Cela tant par ses lacunes que par les règles générales qu'il contient.

Elles n'apparaissent pas seulement en matière d'affaires ou de bon fonctionnement de la famille, mais dans la constitution même de celle-ci et dans les matières consacrées au droit individuel et au transfert de la propriété. Il suffit de rappeler, pour nous en rendre compte, l'article 1 C. c., l'article 246 qui étend les règles de la tutelle à la curatelle des prodigues « sous réserve des modifications nécessaires », ou encore l'article 435 qui se

réfère au certificat d'héritier et abandonne au juge les conditions de sa validité. On comprend les dangers qui puissent résulter de telles dispositions, le manque de sécurité qui en provient. On ne perçoit plus bien la raison de la loi, puisqu'elle abandonne au juge la fixation même de ses règles constitutives.

280. Il serait sans doute très intéressant de voir comment, dans les pays non codifiés, tels que l'Angleterre, on assiste à une évolution semblable, quoique plus rapide, et qui consiste à transformer les règles spéciales de la loi en normes de plus en plus générales et larges¹, quelles ont été les influences exercées par les cours d'équité dans cette transformation. Nous ne le ferons cependant pas, car cela nous conduirait trop loin.

Il importe seulement de rappeler comment dans tous les pays, — codifiés ou non, — la règle générale à contours larges acquiert de plus en plus d'importance ; elle constitue souvent un véritable standard juridique destiné à diriger le juge dans sa tâche² ; sa souplesse lui per-

1. Ilbert, *op. cit.*, constatait au commencement du siècle, que la loi anglaise se réduisait seulement « à quelques règles générales de principe en reléguant les détails soit dans les annexes, soit dans des arrêtés et règlements » (p. 124). L'évolution accomplie ici est des plus importantes ; il suffit pour nous en rendre compte, de rappeler la « Notice » d'Alex. Ribot à la Société de Législation comparée, sur « le dernier Congrès des Associations des Sciences sociales en Angleterre ». Ribot y rapporte que : « M. Joseph Brown, avocat et conseil de la Reine, président de la Section des Juristes au Congrès de Norwick, déclare que : « le grand défaut de tous nos Codes, et en particulier du Code Napoléon, c'est d'être trop concis, de ne renfermer qu'un trop petit nombre d'articles et de ne pas donner la solution de toutes les difficultés... » Après avoir fait une étude sur tous les titres du Code civil français, Joseph Brown arrivait à la conclusion que nos Codes ne servent à rien et « seraient intelligibles sans la masse des arrêts qui les éclairent et les complètent... Un Code en droit anglais, pour servir à quelque chose, devrait avoir au moins dix fois l'étendue du Code français » (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1874, p. 365-366). Les modifications dans la rédaction du texte légal dont nous parle Ilbert, semblent s'être accomplies aux toutes dernières années du XIX^e siècle. Nous trouvons, en effet, en 1896, dans un article d'un très distingué professeur allemand J. Kohler, l'indication que la technique législative anglaise est « très détaillée, plus descriptive que significative », qu'« elle désigne les détails par des exemples » (Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, *op. cit.*, p. 347) ; quant à la façon dont procède le législateur anglais dans la rédaction de ses formules, elle consiste à poser la règle pour des cas spéciaux, puis l'étendre par une formule générale à « tous les cas du même genre ». V. Boutmy, *Psychologie politique du peuple anglais au XIX^e siècle*, 1901, p. 244. Cette façon de généraliser, que nous avons rencontrée d'ailleurs aussi quelquefois dans le Code civil allemand et suisse présente souvent des inconvénients ; aussi doit-elle être abandonnée.

2. La règle légale se rapproche du standard par sa nature flexible, élastique, servant de directive au juge et créant certaines normes com-

met de recouvrir le maximum de situations juridiques possibles. Elle doit cependant conserver sa nature concrète pour pouvoir s'y adapter.

Nous avons vu que la règle générale n'est pas toujours suffisante ; elle n'accorde pas la sécurité nécessaire à la vie. Aussi, aux moments troubles ou à ceux de grandes transformations juridiques, la législation spéciale voisine souvent avec les dispositions générales. Il en est ainsi notamment aujourd'hui où les tendances de la spécification de la loi s'affirment en même temps que celles dont nous venons de parler.

C'est ce qui explique la difficulté d'établir, en cette matière, des règles propres à cadres trop étanches. Tout est souvent une question de circonstances. Celles-ci sont en fonction des deux principes qui régissent toute technique législative et dont nous avons si souvent parlé, de l'état de développement juridique des pays où elles interviennent et surtout « du donné » qu'elles sont appelées à exprimer. Nous terminons ainsi avec notre deuxième section de ce chapitre.

281. Nous avons étudié dans une première partie l'importance des dispositions impératives et supplétives dans la loi ; nous avons vu le ton employé dans ces catégories de règles par les différentes codifications et la nécessité qu'il y avait à écarter toute distinction quant à leur forme. La classification elle-même des règles en supplétives et impératives nous paraît utile comme correspondant à la nature des dispositions de la loi ; aussi avons-nous exigé son maintien.

Puis nous avons passé à l'étude du caractère abstrait et concret de la loi. La forme concrète apparaît, avons-

munes pour l'aider dans l'appréciation des faits contraires. V. Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*, thèse Lyon, 1925, qui y voit un procédé supérieur du droit apparaissant à un moment avancé de son développement. Cette idée a été combattue par Hauriou, *Police judiciaire et fondement du droit*, *Rev. trim.*, 1926, p. 269 et suiv. ; v. aussi Marcel State, *Le standard juridique*, thèse Paris, 1983, 54 et s. ; Lambert, Préface aux *Espèces choisies* de H. Capitant, 1927, p. XVIII-XIX.

nous vu, la première dans le texte ; elle lui maintient son caractère pratique tout en en augmentant l'intelligibilité. Nous avons vu cependant que la tendance de l'esprit juridique est de partir du concret vers l'abstrait ; ce dernier élargit le domaine d'application de la loi, mais en même temps il en diminue la compréhension. Aussi, avons-nous vu dans quelle mesure il doit être admis et quelle en est l'insuffisance.

Nous avons ensuite examiné le caractère spécial et général de la loi, la nécessité de leur intervention, les avantages et inconvénients qui en résultent. Nous avons vu, à cette occasion, que la tendance qui domine aujourd'hui est celle d'une législation plus générale, plus souple et par là même plus équitable ¹. Elle assure l'adaptabilité de la loi, mais en diminue la sécurité. Aussi, à côté de cette tendance en apparaissent d'autres, souvent contradictoires. C'est ce qui explique l'impossibilité de fixer des règles propres trop précises en cette matière. Tout dépend des circonstances nombreuses de la vie et des règles de fond auxquelles celles de forme sont subordonnées.

En présence de l'insuffisance de la technique législative moderne pour les nombreux cas et situations distinctes de la vie, nous avons vu la nécessité de l'intervention du juge et prévu le développement de plus en plus grand de son rôle. C'est ce que nous nous proposons d'étudier dans la section suivante.

III. — *Rôle de la jurisprudence dans l'application du texte légal.*

282. Nous avons vu dans la section précédente l'insuffisance du texte légal à résoudre par lui-même l'ensemble des situations juridiques ; quelle que soit son étendue, il n'arrive jamais à les prévoir expressément toutes.

1. V. cependant en sens contraire, Mornet, *Du rôle et des pouvoirs de la jurisprudence en matière civile*, thèse, Paris, 1904, p. 94.

Aussi acquiert-il de plus en plus un caractère général, élastique, qui lui permet d'évoluer avec les besoins ressentis. Les formules de la loi perdent dès lors leur nature précise pour devenir des règles générales, des standards juridiques appelés à diriger la vie. Or, dans l'accomplissement de cette mission, elles ont besoin d'un organe spécialement éduqué pour assurer leur bonne application ; c'est là l'objet propre de la jurisprudence qui collabore ainsi à la réalisation du droit.

Cette fonction d'application du texte légal, la jurisprudence l'exerce depuis toujours ; on comprend cependant facilement qu'à mesure que l'insuffisance technique de la loi apparaît plus manifeste, le rôle du juge acquiert de plus en plus d'importance. Il ne se contente plus d'appliquer la loi ; il collabore avec elle et apparaît de plus en plus comme arbitre dans les rapports des parties. C'est de sa culture, de son honnêteté, que dépend souvent la sécurité et la bonne réalisation de la loi. C'est ce qui nous a fait lui consacrer une section spéciale à la fin de ce chapitre.

Nous y étudierons successivement, le rôle du juge, la crainte de l'arbitraire, enfin la façon d'y pourvoir. Nous finirons par une étude sur la mission qui lui est accordée dans différentes codifications. Nous ne le ferons d'ailleurs que d'une façon tout à fait générale et dans la mesure seulement où cela nous paraîtra nécessaire pour compléter nos développements passés.

Le rôle du juge dans l'application et la création du droit existe depuis toujours ; ce qui seul a varié c'est l'importance qui lui a été successivement accordée dans les différentes étapes du développement juridique.

283. On connaît déjà trop bien pour que nous y insistions, l'importance de la mission exercée par le préteur dans la formation du droit romain ; grâce aux différentes clauses « d'équité » insérées dans les formules, qu'il accordait aux parties, il a créé à côté de l'ancien droit un droit nouveau, plus juste, plus équitable. Il a assuré son développement et son application à des situa-

tions nouvelles tout autres que celles pour lesquelles il avait été créé. Il a ainsi développé un ensemble d'institutions civiles et a surtout fourni l'exemple à la science juridique, de l'importance des formules générales, élastiques dans le droit ¹.

Cela dit, si nous passons à l'époque moderne, nous voyons qu'on a cru, pendant longtemps, que le rôle de la jurisprudence était purement mécanique. La volonté du législateur était l'unique source de la loi ; la mission du juge se réduisait soit à l'application immédiate de cette volonté, — si elle résultait des textes ou travaux préparatoires, — soit alors à la recherche par des moyens logiques appropriés.

Il ne nous appartient pas de nous appesantir là-dessus ; ce qui seul importe, c'est que cette conception du rôle mécanique et réduit du juge, qui remonte assez loin ², a été soutenue pendant presque tout le xix^e siècle, dans la doctrine des pays codifiés. Elle s'explique par la crainte de l'arbitraire, par la croyance à la suffisance des Codes, enfin par des raisons spéciales à certains pays, tels que l'Allemagne.

Nous commencerons par la dernière raison comme étant spéciale à l'Allemagne. Nous savons déjà que le A. L. R. avait essayé de limiter, par un ensemble de formules casuistiques, le rôle du juge à l'application littérale de la loi. Bien plus, dans le cas même où des lacunes existaient dans le texte légal, le juge n'acquerrait pas la liberté de déduire par des procédés logiques la pensée du législateur. Les situations non réglées par le Code devaient être résolues par voie d'arrêtés du Ministre de la justice ³. Si nous ajoutons les restrictions

1. Saleilles, La réforme de l'enseignement en droit, *Revue intern. de l'Enseign.*, 1904, t. I, p. 322; Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, p. 75-76; Lucien Brun, *le rôle du juge en droit civil*, thèse Paris, 1920, p. 59.

2. V. Paul Duez, *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse Lille, 1914, p. 61; Courtney Ilbert, *op. cit.*, p. 152, qui la relève chez Bentham, Codification; v. aussi pour le droit civil allemand Kohler, *op. cit. Rheinische Zeitschrift*, 1913, p. 43 qui fait remonter cette conception à l'époque de Frédéric.

3. V. Hartmann, *Der Zivilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung*, *op. cit.*, p. 402; voir aussi J. Kohler, *op. cit. Rheinische Zeitschrift* 1913, p. 43.

résultant du Code de procédure quant à la rigidité de la preuve, on comprendra facilement la conception existant encore à la fin du siècle en Allemagne et qui s'affirme souvent dans le B. G. B.

Quant à la crainte de l'arbitraire et à la croyance de la suffisance du Code, elles ne sont que la suite nécessaire du besoin de sécurité auquel les nouvelles codifications semblaient satisfaire. On ne pouvait dès lors accorder à la jurisprudence liberté entière dans l'interprétation de la loi, sans craindre la diversité dans le texte légal et la disparition de la sécurité nécessaire ¹.

Le respect dont fut entourée l'apparition du Code civil français, et qui s'explique, pour partie au moins, par le caractère profondément national et populaire de cette œuvre, faisait croire à sa perfection et à la possibilité pour lui de résoudre l'ensemble des difficultés se présentant dans la vie ².

Elles s'expliquent enfin par la conception étroite qu'on se faisait de la codification et par la non-compréhension suffisante du caractère évolutionniste, sociologique du droit.

Telles étaient les principales raisons qui nous paraissent expliquer la tendance manifestée durant tout le XIX^e siècle, de lier le juge aux textes légaux ³.

On comprend facilement qu'un tel système parut bientôt insuffisant ; nos Codes modernes contiennent en effet surtout des dispositions concrètes. Elles se réfèrent à des conditions particulières de la réalité ; leur domaine

1. V. critique de cette idée par Hartmann, *Der Zivilgesetzentwurf, das Aequitäts princip und die Richterstellung*, op. cit., p. 321.

2. Cette tendance de résoudre toutes les difficultés par le moyen de textes légaux, se rencontre encore aujourd'hui en matière de législation spéciale. V. Baudouin, *Gazette des Tribunaux* des 4 et 5 décembre 1911, p. 969, col. 1; Gény, La notion de droit positif au XIX^e siècle, *Rev. intern. de l'Enseign.*, t. XLI, 1901, p. 19, 29-30; Glasson, Les sources du droit, A propos du livre de Gény, *Méthodes d'interprétation Comptes rendus de l'Ac. des Sc. mor. et pol.*, 19001, p. 486-497; H. Capitant, *Les transformations du Droit civil français depuis cinquante ans, Livre du Centenaire de la Société de législation comparée*, t. I, 1923, p. 32; V. aussi p. 642 note 2.

3. V. aussi Kautsky, *Parlementarisme et socialisme*, p. 95; Leroy, *La loi*, 1908, p. 61; A. Alvarez, *Nouvelle conception des études juridiques*, 1904 p. 18; Charmont, Le droit civil et la législation ouvrière, *Revue générale du droit*, 1904, p. 452; Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, p. 324.

d'application est dès lors des plus restreints. Même générales ces dispositions ne peuvent suffire à la mobilité toujours nouvelle de la vie.

Aussi, vit-on bientôt la nécessité de conférer au juge, pour interpréter la loi, non pas seulement le pouvoir de rechercher la volonté du législateur ; il y avait, en effet, un grand nombre de situations que le législateur n'avait pas prévues et ne pouvait même prévoir¹. Rechercher sa volonté dans ces cas était complètement illogique, puisqu'elle n'avait pas pu se produire. Obliger dès lors le juge à raisonner par analogie, était l'écarter de la réalité de la vie pour l'enfermer dans l'étude des textes.

284. Or, le rôle de la jurisprudence est avant tout profondément pratique ; elle doit conformer à chaque instant les textes de la loi à la vie ; elle n'assure pas seulement l'application de la loi, mais permet aussi sa modification suivant les besoins de la vie².

C'est ainsi que la jurisprudence s'est inspirée uniquement des intérêts du prodigue, de la femme mariée, des nécessités économiques, pour annuler certains actes non déclarés annulables par la loi³, pour développer l'intervention du conseil judiciaire dans des cas non prévus par elle⁴, pour prononcer l'inaliénabilité de la dot mobilière de la femme, pour étendre la responsabilité à

1. V. quant à la complexité des situations juridiques modernes, Marcel de Gallaix, L'incertitude et la complexité du droit américain et la création de « l'American law Institute », *Revue de Droit intern.*, 1924, p. 272 ; H. de Pages, *op. cit.*, p. 295 ; Isambert, L'évolution des études juridiques, *La science sociale*, 1897, t. XXIII, p. 104 ; Hartmann, Der civilgesetzentwurf, das Aequit:tsprinzip und die Richterstellung, *Archiv für die Zivilistische Praxis*, t. 79, 1888, p. 324 ; Alvarez, *op. cit.*, p. 209-210 ; Escara, La lésion dans le contrat de travail, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 243.

2. « Au fur et à mesure qu'une institution se perfectionne, elle devient un organisme compliqué aux rouages minutieux et délicats. Pour en assurer le fonctionnement, le législateur est forcé de céder la place au juge » (Guibal et Dupin, Proposition de loi sur la lésion).

3. Ambroise Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 609 et s.

4. Ambroise Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 609 et s. ; v. aussi H. Capitant, Note sous l'Arrêt du 15 juillet 1903, D. P. 1904.1.129 : « en créant ainsi suivant l'expression de MM. Aubry et Rau (*Cours de Droit civil français*, t. I § 140, p. 880, note 28), une période suspecte, assimilable à celle qui existe en matière de faillite, les tribunaux ont complété le système de protection établi par le Code civil au profit des prodigues » (p. 129).

raison des choses inanimées¹, enfin pour appliquer l'article 1121 à des contrats tout nouveaux, tel que celui d'assurance.

On comprendra l'importance du travail jurisprudentiel accompli, si on se rappelle qu'il remonte pour certains cas au commencement du XIX^e siècle ; c'est ainsi que la jurisprudence, qui devait établir l'inaliénabilité de la dot mobilière de la femme, trouve sa première origine dans un arrêt de 1819.

Il faut ajouter immédiatement que le développement de la jurisprudence dans ces différents cas s'attache presque toujours à l'examen d'un texte² ; c'est autour

1. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, t. II, 5^e éd., 1929, p. 400 et s., t. III, 1929, p. 331 et s.

2. Mais « les textes de loi ne sont plus que des assises sur lesquels s'échafaude le système juridique » (H. Capitant, *Le traité des obligations en général*, de M. René Demogue, *Rev. trim. du droit civil*, 1923, p. 360). Il nous paraît intéressant de noter que l'importance évolutive de la jurisprudence avait été perçue dès 1837. v. en effet Ledru-Rollin, qui dans sa préface au *Journal du Palais* (1837) écrivait : « La jurisprudence n'est pas seulement le commentaire et le complément de la loi existante, car alors elle aurait pour objet unique de maintenir et de consolider la loi, tandis qu'elle exerce une action dissolvante et en l'élargissant sans cesse, elle aspire à la remplacer » (p. 11, n. 3). V. aussi N. Titulesco, *Comment nous devons comprendre l'éducation juridique* (article publié en roumain dans le *Curierul Judiciar*, 1906). L'auteur indique que le rôle de la jurisprudence naît de l'impossibilité de réviser trop souvent les Codes. « On perçoit dès lors toute l'importance de la jurisprudence dans le droit statique. Obligé à ne pas dénier la raison, le juge est souvent appelé à devenir législateur » ; Leroy, l'avant-projet du Code civil suisse, *Revue de Paris*, 1^{er} décembre 1902, p. 667 ; Leroy, L'éducation du magistrat, *Revue de Paris*, mai 1905, p. 552 ; Regelsberger, *Gesetz und Rechtsanwendung*, op. cit., t. 58, 1912, p. 150-151 ; Saleilles, préface au livre de Gény, *Méthodes d'interprétation*, 1899, p. VII-VIII et p. XI-XII ; Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, *Livre du Centenaire*, t. I, p. 99, 102 ; v. aussi E. Thaller, *De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial*, extr. du *Livre du Centenaire du Code civil*, 1904, p. 7 ; Gény, La notion de droit positif au XIX^e siècle, *Rev. intern. de l'Enseign.*, t. XII, 1901, p. 33 ; Cornil, *Le droit privé*, 1924, p. 75 ; Meynial, la déclaration de volonté, *Rev. trim.*, 1902, qui voit dans l'interprète « l'intermédiaire naturel » du développement de la loi (p. 509) ; Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908, p. 62 ; Saleilles, Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse, *Rev. intern. de l'Enseign.*, 1902, t. IV, p. 322 ; H. de Pages, op. cit., t. II, parlant des transformations intervenues en droit de famille, l'auteur ajoute : « toutes ces innovations prises à la lettre sont peu considérables sans doute, en ce sens qu'elles ont procédé par pente insensible, et se sont toujours rattachées à un texte, interprété quant au surplus avec une large bienveillance. Il n'empêche que toutes ces décisions n'ont pas tardé de se souder l'une à l'autre, qu'elles ont formé bloc et qu'aperçues en bloc, elles marquent une évolution profonde sur les théories anciennes » (p. 174) ; v. enfin, Morin, *La révolte des faits contre le Code civil*, p. 2-5 ; Cornil, Les Codes modernes et le droit romain, *Rev. de droit intern.*, 1912, p. 460 ; Cornil, *Autorité de la loi et autonomie de la jurisprudence*, Mémoire de l'Académie de droit comparé de la Haye, 1928, p. 120.

de ce texte que s'accomplissent ses premières constructions ; elles sont d'autant plus hardies qu'elles peuvent s'y rattacher ; par la suite, leur développement arrive souvent à le renverser. Tel est le cas de la jurisprudence qui a commencé par s'inspirer de l'article 1121 pour arriver à lui enlever aujourd'hui toute utilité.

On perçoit ici facilement que, même en rédigeant ses textes d'une façon précise, le législateur ne peut arriver à arrêter les mouvements de la vie et la conformité de la loi. La sécurité qu'il essaye d'accorder aux relations juridiques est toute relative ; elle n'est pas cependant inexistante. En obligeant la jurisprudence à rattacher ses constructions à des textes précis, il arrive à écarter pour beaucoup l'arbitraire. C'est à cela qu'il doit se limiter dans la recherche de la sécurité nécessaire. Cela au moins lorsqu'il s'agit de dispositions n'ayant pas un caractère constructif ; pour celles-ci, nous l'avons déjà dit, on doit éviter autant que possible des changements intervenant trop souvent.

Quant au reste, on doit permettre à la jurisprudence d'adapter le texte de la loi aux situations juridiques toujours nouvelles. Toute tendance contraire de la part du législateur moderne ne pourrait qu'être inefficace.

Il en est ainsi notamment pour le B. G. B. qui, à côté de règles générales à caractère élastique, tend, par un ensemble de dispositions, à limiter les pouvoirs de la jurisprudence et à la relier au texte légal. Or, l'étude de la jurisprudence allemande offre à l'observation du juriste un développement analogue à celui de la jurisprudence française ; c'est ainsi que nous voyons, en matière de rétention par exemple, le juge allemand faisant sortir de l'article 113 un grand nombre de décisions qui ne s'y trouvaient pas¹ ; on assiste à des constructions pareilles à celles que nous avons rencontrées dans le droit français. Loin de l'arrêter dans son développe-

1. V. la thèse de notre ami Elekes Nerva, *De quelques différences dans l'application du droit de rétention, d'après la jurisprudence française et allemande*, thèse Paris, 1929, qui contient une étude d'ensemble très intéressante en cette matière.

ment, la rédaction du B. G. B. n'arrive qu'à la rendre plus précise en obligeant la jurisprudence à se rattacher et à invoquer le texte qu'elle massacre...

En présence de ces situations de fait, la doctrine s'est vue obligée à reconnaître la fonction évolutive d'adaptation de la jurisprudence. Quant à l'étendue de ce pouvoir, elle varie selon les auteurs ; les uns ne l'autorisent qu'à défaut de texte légal¹ ; les autres, et ceux-là constituent la majorité, dans tous les cas².

Quelle que soit cette adaptation, le juge doit tenir compte de la volonté du législateur lorsqu'elle s'exprime dans le texte légal. Il essayera, certes, de trouver dans l'interprétation de la loi la solution pratique la meilleure, mais il ne pourra pas ignorer complètement la volonté du législateur lorsqu'elle existe, ni écarter les textes par lesquels elle s'exprime. Nous ne pouvons admettre l'opinion de ceux qui croient que le juge pourrait méconnaître cette volonté lorsque les besoins de la vie le demandent³.

Certes, nous avons déjà vu, — nous le verrons encore, — que les formules générales de la loi accordent souvent ce droit au juge, qu'elles subordonnent leur application

1. V. Morin, *Loi et contrat*, p. 33; Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, Recueil publié par la Faculté de droit de Lausanne 1896, p. 79.

2. Saleilles, Conférence sur Les rapports du droit et de la sociologie, *Revue intern. de l'Enseign.*, 1904, II, p. 429; Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit*, 1906, p. 428-429; Gény, *Science et technique*, t. III, p. 87; Kohler, *Lehrbuch des B. G. B.*, t. I, p. 124; Morin, *op. cit.*, p. 31-32. L'auteur rappelle que Saleilles (préface à l'ouvrage de M. Gény) considère la loi « non pas comme la seule source vivante du droit, mais comme le seul cadre scientifique et juridique qui lui serve en quelque sorte de passeport devant les Tribunaux... » C'est pourquoi « il faut aller au delà du Code civil mais par le Code civil » (p. 32). V. même sens Morin, *op. cit.*, p. 42; v. aussi Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, qui constate que « la vie évolue les idées du droit qui sont comprises en germe dans les articles de la loi; c'est ainsi seulement qu'une interprétation consciencieuse dans l'application du droit peut naître, qui donne à la nation la libre et juste formation de ses rapports espérés par elle » (p. 43); Percerou, *An. du droit commercial*, 1898, p. 64.

3. V. même sens, Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, *Livre du Centenaire*, t. I, p. 128; Saleilles, Conférence sur les Rapports du droit et de la sociologie, *Revue intern. de l'Enseign.*, 1904, II, p. 429-430; N. Titulesco, *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, thèse Paris, 1907, p. V; Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. I, p. 302-303; v. sens contraire, idées révolutionnaires de Mornet et de Magnaud citées par Colmo, *op. cit.*, p. 192.

à l'exigence des circonstances. Mais dans ce cas, le droit du juge réside dans la loi même ; la formule légale prend dès lors le caractère de direction destiné à le guider dans l'interprétation. Elle reconnaît son insuffisance et lui accorde le droit d'arbitre dans la solution des difficultés juridiques à intervenir, elle se contente de lui fixer certaines normes communes qu'il applique ou non suivant les cas.

La complexité de la vie et la multiplicité des cas concrets rendent de plus en plus nécessaires de telles formules. Là, l'application de la pensée du législateur est en fonction des circonstances de la vie ; mais en dehors de là, — dans les cas où elle s'affirme expressément dans des textes précis, — nous ne voyons pas comment le juge pourrait la méconnaître pour se prononcer suivant l'équité ou les circonstances de la vie. Un tel système conduit nécessairement à l'arbitraire, à la diversité dans l'interprétation ; il arrive à détruire toute sécurité dans les rapports juridiques des parties¹. On ne comprend plus bien à quoi servirait le texte de la loi, puisqu'on pourrait l'écarter impunément...

Il résulte de ce qui vient d'être dit que la jurisprudence est appelée aujourd'hui à adapter la loi aux besoins toujours nouveaux de la vie ; que l'étroite conception de son rôle a fait méconnaître pendant longtemps l'étendue de son pouvoir pour la réduire à la recherche de la volonté du législateur clairement exprimée dans le texte de loi et dans les travaux préparatoires, ou destinée à être réduite par voie d'analogie. L'insuffisance du rôle qui lui était accordé et l'impossibilité du texte légal à suffire aux besoins de la vie ont entraîné les constructions jurisprudentielles dont nous avons parlé.

Les transformations accomplies, et le pouvoir prétorien, acquis en fait par le juge, ont suscité un boulever-

1. V. Thaller, *De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes, sur le droit commercial*, extr. du *Livre du Centenaire du Code civil*, 1904, p. 6.

sement des anciennes conceptions de la doctrine. Celle-ci reconnaît aujourd'hui, presque unanimement, le pouvoir d'adaptation de la jurisprudence ; elle se distingue seulement quant à l'étendue des pouvoirs accordés.

Enfin, par suite de ces bouleversements, une réaction s'est accomplie en sens inverse : on arrive à permettre aux juges d'appliquer la loi suivant les circonstances sans ne plus tenir compte de la volonté exprimée du législateur. Nous avons dit ce qu'il fallait en penser ; tout en reconnaissant que le rôle du juge doit consister à rechercher les meilleures solutions pratiques possibles, nous ne pouvons admettre l'inefficacité de la pensée du législateur clairement exprimée. On arriverait ainsi à détruire toute sécurité dans la loi.

Il importe d'ajouter immédiatement que ces cas sont relativement rares. En effet, nos lois contiennent un grand nombre de lacunes. Dans ce cas, le juge acquiert pleine liberté d'adaptation ; il n'est limité que par la nécessité où il se trouve de faire concorder sa solution avec l'ensemble de la loi. Enfin, nous avons vu que la tendance moderne consiste de plus en plus à écarter ces dispositions particulières pour les remplacer par des textes généraux ; ceux-ci servent alors de directions générales à la jurisprudence ¹.

L'insuffisance de la loi et l'impossibilité où elle se trouve d'individualiser ses règles suivant les diverses espèces ont élargi pour beaucoup le rôle de la jurisprudence ; celle-ci est désormais appelée à appliquer les règles communes aux situations concrètes venant à se produire. Elle a besoin, dans la plupart des cas, de

1. V. cependant quant à la nécessité de telles formules, H. de Pages, *op. cit.*, t. II, p. 308-309 ; Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, conférences, 1925, p. 145 ; Picard, *Le droit nouveau*, Introduction aux Pandectes belges, 1907, p. 22 ; v. aussi quant au système anglo-saxon, qui consiste seulement à « donner quelques solutions pratiques, le surplus se trouvant remis à la décision de la jurisprudence, celle-ci étant chargée de ce que les Américains nomment la construction de la loi », R. Demogue, *L'unification internationale du droit privé*, leçons faites à la Faculté de droit de l'Université de Buenos-Ayres, 1927, p. 163. Il nous paraît aussi intéressant d'ajouter que cette façon de procéder est conforme à celle qu'on rencontre pendant longtemps à l'époque du développement du droit romain.

règles souples, élastiques, suffisamment flexibles pour se conformer à la multiplicité de la réalité. Nous l'avons vu, lorsque nous avons parlé de la lésion, de l'usure, et de toutes les autres notions rencontrées par nous, ayant un caractère nettement moral. Des dispositions trop précises de la loi en ces matières seraient injustes et dangereuses : elles seraient injustes, parce qu'elles ne permettraient pas au juge d'appliquer la règle légale suivant les nuances infinies de la vie et le plus ou moins de bonne foi des parties. De plus, elles n'offriraient pas de sécurité suffisante aux situations juridiques qu'elles seraient appelées à régler ; celles-ci présentent, en effet, une mobilité telle qu'elles ne peuvent être renfermées dans des formules rigides. De telles formules inciteraient à chaque instant à tourner la loi ; de là un manque de confiance dans le texte légal et dans son efficacité.

Ce sont ces considérations qui nous ont toujours fait demander que le législateur se contente de limiter ses règles précises, spéciales, aux dispositions de lois qui, par leur nature, ne peuvent être l'objet de trop grands changements ; le rôle du juge sera ici restreint à l'application de la volonté du législateur telle qu'elle résulte du texte légal. Lorsque cette volonté paraîtra insuffisante aux nouveaux besoins de la vie, le texte devra être modifié en son entier.

Pour les autres règles, que nous avons placées dans la catégorie des dispositions normatives ou supplétives, elles doivent avoir un caractère large, général, pour pouvoir suffire à la vie. Le législateur doit reconnaître son insuffisance pour ces cas et conférer au juge de larges pouvoirs d'adaptation ; ce n'est que par une telle collaboration confiante entre la loi et le juge qu'on pourra assurer au texte légal son maintien pendant longtemps. Toute autre façon de procéder, de la part du législateur, aura pour conséquence immédiate de pousser la jurisprudence à le tourner ; celle-ci sera dès lors, non plus seulement un complément du texte de la loi, mais tendra souvent à sa destruction.

La nécessité de règles générales appelées à guider le juge dans l'interprétation de la loi paraît aujourd'hui unanimement admise. La seule question qui donne encore lieu à discussion est celle de savoir quelle sera l'étendue de ces règles. En d'autres termes, le législateur confèrera-t-il aux cadres mêmes de ses dispositions un caractère flexible, élastique, ou bien, après avoir rédigé des cadres précis, se contentera-t-il de laisser une place libre à l'appréciation du juge et à l'individualisation des espèces ?

Ce dernier cas se rencontre, par exemple, dans les diverses hypothèses où le législateur, — après avoir établi d'une façon précise la nécessité d'une indemnité, — abandonne au juge le soin d'en fixer le montant d'après les circonstances¹. Quant au premier, on le trouve dans toutes les formules renfermant un élément moral, telles que celles se référant à l'abus du droit, bonne foi, etc. ; dans ces dernières hypothèses, les pouvoirs attribués au juge sont beaucoup plus larges que lorsque son appréciation porte sur un élément de la formule seulement. Aussi a-t-on soutenu souvent que de telles formules pouvaient donner lieu à arbitraire, puisque le juge conservait une autonomie complète dans l'application du texte de loi, que leurs caractères vagues et flottants offraient un véritable danger pour la sécurité nécessaire dans les rapports juridiques. Ce sont ces mêmes considérations qui ont fait affirmer quelquefois la supériorité de l'article 226 du B. G. B. sur l'article suisse correspond à l'abus de droit (art. 3)².

Il y a sans doute beaucoup de vérité dans ces affirmations ; la technique législative générale présente un grand danger, à cause du manque de sécurité qu'elle

1. H. de Pages, *op. cit.*, t. II, qui relevant la présence dans le Code de telles formules, constate qu'« elles tendent à se multiplier de plus en plus » (p. 236) ; v. un grand nombre de telles formules. Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, t. II, p. 435-436 ; Zitelmann, *Die Kunst der Gesetzgebung*, 1904, p. 36 ; Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, 1919, p. 282 ; Gounot, *op. cit.*, p. 387 ; Lucien Brun, *Le rôle du juge en droit civil suisse*, thèse Grenoble, 1920, p. 64.

2. Saleilles, De l'abus de droit, rapport présenté à la 1^{re} sous-commission de révision du Code civil, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, p. 345-346.

entraîne pour la pratique et de la trop large autonomie qu'elle offre au juge.

Cette autonomie peut souvent conduire à l'arbitraire. Mais il nous semble ici encore que toute affirmation trop générale pêche par son inexactitude. En effet, lorsque le B. G. B. renvoie, pour l'interprétation des contrats, à « la loyauté » et à « la confiance réciproque » (art. 157), ou encore lorsqu'il y subordonne l'exécution des obligations du débiteur (art. 242), il ajoute immédiatement qu'on tiendra compte « des usages admis en affaires »,

Les pouvoirs du juge ne sont pas dès lors complètement absolus, puisqu'ils sont subordonnés à des usages, à des coutumes, éléments objectifs extérieurs à la volonté du juge. Il en est de même pour la plupart des règles où il doit tenir compte de l'équité, de la bonne foi, — celles-ci sont établies suivant les usages du moment ; bien plus, l'art. 226 du B. G. B. subordonne l'application de l'abus du droit à l'accomplissement d'une condition spéciale : de l'intention nocive.

Comment dès lors pouvoir affirmer que les tendances larges, souples, de la loi sont en fonction seulement de l'arbitraire du juge ?

Sans doute, cet arbitraire existe et se rencontre souvent, lorsque le législateur emploie des formules d'une imprécision manifeste telles que « dans les limites de l'ordre juridique », « à la réserve d'une exception légale », etc... On ne perçoit pas facilement quelles sont les limites de telles formules¹. Qu'entend-on, en effet, par ordre juridique ? On conçoit que, pour ces cas nombreux dans le Code civil suisse, la sécurité des rapports juridiques soit à la merci de la volonté du juge. « Comme il est impossible, en cette matière, de lui fixer des règles parfaitement objectives, il faut reconnaître qu'en dernière analyse c'est à son sentiment de droit que l'on s'en remet² ».

1. V. même sens Rümelin, *Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Jahrbuch für Gesetzgebung verwaltung und Volkswirtschaft*, 25, 1901, qui cite un grand nombre d'exemples, p. 40-42.

2. Henri Hayen, *op. cit.*, A propos du livre de Gmür, *Rev. trim.*, 1909, p. 862 ; Lucien Brun, *Le rôle du juge en droit civil suisse*, thèse Grenoble, 1920, p. 59.

Cela est certes vrai ; l'arbitraire existe mais il est nécessaire en présence de l'insuffisance de la technique législative nouvelle et de la complexité toujours grandissante de la vie. Le législateur ne se trouve, en effet, qu'en présence d'une double alternative : essayer de préciser suffisamment ses règles afin d'éviter les mouvements trop brusques et irréfléchis de la jurisprudence ; ou inciter le juge, par des formules larges d'abandon, à collaborer à l'application de la loi et à son individualisation suivant les espèces¹.

Nous avons demandé nous-même, souvent, au cours de ce travail, que le législateur fixe au moment de la rédaction de son code le domaine propre des règles impératives et des dispositions supplétives de la loi. Nous devons cependant reconnaître que, nonobstant les tendances nouvelles qui s'affirment à ce point de vue², cette distinction n'est pas toujours possible ni ne peut être établie d'une façon précise. La rédaction de ces formules se fera certes en fonction du but de la loi et de la confiance du législateur dans le juge qui est appelé à collaborer avec lui. Mais toute limite précise à établir nous paraît complètement impossible.

Il résulte de ce qui vient d'être dit que la nécessité de l'interprétation et le pouvoir arbitraire appartenant au juge proviennent de l'impossibilité, pour le législateur, de prévoir, dans son texte, la totalité des situations juridiques. Nous avons vu, en effet, qu'en présence de la complexité toujours nouvelle de la vie, le législateur a abandonné de plus en plus ses pouvoirs au juge, qui apparaît ainsi souvent comme l'arbitre des rapports

1. V. cependant quant aux dangers qui peuvent résulter dans ce dernier cas : Dr Servatius, *Recht, Richtertum und Ministerialbürokratie*, op. cit., p. 211 ; v. quant au rôle d'équilibre de telles notions, G. del Vecchio. Sur les principes généraux du droit, *Rev. crit.*, 1926, p. 245 et s.

2. V. quant à cette distinction, H. de Pages, op. cit., t. II, n. 298 et s., p. 302-305 ; Saleilles, *Méthodes juridiques*, 1911, qui reconnaît qu'il y a des cas où la loi commande « avec une certitude impérative » ; Saleilles, *Rev. intern. de l'enseign.*, 1890, t. XIX, p. 139-140 ; Génv, *Science et technique*, t. IV, p. 151 ; Renard, op. cit., n. 145 ; Génv, *La technique législative*, op. cit., p. 1034-1035 ; Mevnial, La déclaration de volonté, *Rev. trim. du droit civil*, 1902, r. 568 ; Morin, *La loi et le contrat*, p. 37 ; Hauriou, *Police judiciaire et fond. de droit*, *Rev. trim.*, 1926, p. 274.

sociaux¹. Pour pouvoir accomplir cette mission, il est nécessaire d'assurer un bon recrutement de la magistrature et d'élever au maximum son degré de culture. Il nous semble, en effet, que la culture et la conscience professionnelle sont les seules limites possibles à fixer à l'arbitraire du juge.

Les auteurs sont unanimement d'accord là-dessus²; tous reconnaissent que la première condition nécessaire pour assurer la bonne application d'une loi, est l'existence d'un organe suffisamment instruit et honnête pour l'interpréter. Aussi, lorsque cet organe fait défaut, ils soutiennent le besoin pour le Code d'être plus précis, moins vague dans ses formules¹⁵⁶; c'est la seule façon alors d'assurer sa bonne application.

Ce sont ces considérations qu'on a quelquefois invoquées pour critiquer le caractère large du Code civil suisse³. On sait, en effet, qu'en Suisse la plupart des juges sont élus par des collègues politiques. On craignait

1. V. Morin, *op. cit.*, p. 70; Saleilles, *Méthodes juridiques*, 1911, p. XV; H. de Pages, *op. cit.*, p. 267 et bibliogr. citée; v. aussi Landgerichtsdirektor Dr Servatius, Frankfurt a. M., *Recht, Richtertum und Ministerialbürokratie Deutsche Juristen Zeitung*, 1929, Heft 13, p. 910. Analysant une étude du Dr Dessauer, Hamburg, sur le « déplacement des influences dans la formation du droit civil », l'auteur déclare, que le juge a élargi ses pouvoirs après la guerre par suite de la faiblesse du législateur et de la façon dont sont rédigées nos lois. Il invoque à l'appui de ses dires « les très nombreuses dispositions de droit civil, inscrites dans la Constitution allemande, qui offrent des applications multiples, par exemple l'art. 109, 152, II al. 2, 153 ». Enfin, « la non-activité et l'abstention du législateur est devenue une source d'élargissement du pouvoir du juge. Le juge a pris lui-même l'initiative là où il n'y avait pas de disposition législative et où les circonstances demandaient une solution. Ex. : application clause *res sic stantibus* » (p. 910); v. enfin, quant à l'« effrayant développement du droit fait par les juges », Lambert, préface aux *Espèces choisies* de H. Capitant, 1927, p. XVII.

2. « L'extension des pouvoirs du juge réclame pour lui une formation intellectuelle nouvelle » (Morin, *op. cit.*, p. 95); v. aussi *op. cit.*, p. 152, l'intérêt que présente pour le juge l'étude des sciences sociales; Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations*, 2^e éd., 1905, p. 8; F. Cosentini, *op. cit.*, p. 24; Alfred Martin, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, Genève, 1909, Mémoire publié à l'occasion du jubilé de l'Université, 1909, p. 7-8; Charmont, *Le droit civil et la législation ouvrière*, *op. cit.*, p. 461; H. Hayen, A propos du livre de Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach art. 1 des S. Z. B.*, Comptes rendus ouvrages suisses, *Rev. trim.* du droit, 1909, p. 862; Leroy, L'éducation du magistrat, *Revue de Paris*, mai 1905, p. 552; Hartmann, *op. cit.*, p. 329; Colmo, *op. cit.*, n° 87, p. 188; Morin, *La loi et le contrat*, p. 95.

3. A. Colmo, *op. cit.*, n° 87, p. 188 189.

4. Martin, *op. cit.*, p. 40-47; V. cependant F. Le Hénaff, Le nouveau Code civil suisse, *Rev. pol. et parl.*, 1908, I, p. 503.

dès lors l'absence d'une culture professionnelle suffisante. Il faut cependant ajouter que ces craintes ne se sont pas réalisées : cela s'explique pour la Suisse par le caractère essentiellement démocratique de la loi et par la part qu'a toujours prise le peuple dans sa rédaction.

Nous ne croyons pas, par contre, que les pouvoirs accordés à la jurisprudence puissent varier avec l'étendue géographique du pays¹ ; seul le développement culturel de la nation et de son droit doivent être pris en considération.

C'est l'absence de ces caractères qui nous ont fait critiquer la présence des formules générales dans le Code civil soviétique. En accordant des « blancs-seings » à une jurisprudence inculte, ayant un caractère politique prononcé, on développe l'arbitraire jusqu'à détruire toute sécurité dans le droit. Cela dit, nous nous proposons de rappeler quelle est l'attitude des différents Codes en cette matière.

285. Code civil français. — Nous avons déjà souvent dit que le codificateur français s'est rendu compte de l'importance du juge dans l'interprétation et l'application de la loi ; tout en reconnaissant que là où le juge n'est pas législateur, il appartient à ce dernier de résoudre « beaucoup de doutes » par « des principes féconds en conséquence », il demande d'abandonner à la jurisprudence, non seulement l'interprétation de ces principes, mais aussi « les détails variables² ».

A côté de ce travail d'interprétation de la loi, le législateur français accorde au juge une fonction beaucoup plus élevée. Nous avons vu, en effet, que toute règle générale suppose des risques : elle nécessite la connaissance approfondie de l'ensemble de l'institution à régle-

1. V. Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, 322, critiquant l'opinion de Gmür, *Die Anwendung...*, 1908, p. 149 et 150.

2. Cambacérès, Discours préliminaire prononcé au Conseil des Cinq-Cents, lors de la présentation du 3^e projet de Code civil, au nom de la Commission de la classification des lois. Fenet, t. I, p. 141 ; Grenier, Rapport au Tribunat, 9 ventôse an XI, t. VI, p. 375-376 ; Portalis, Discours préliminaire, *op. cit.*

menter. Or, cette connaissance exige du temps ; c'est ce que le codificateur de 1804 a compris : aussi demandait-il d'abandonner à la jurisprudence non seulement « les objets qu'on s'efforcera inutilement de prévoir », mais encore « ceux qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans dangers ¹ ». Il fait ainsi collaborer le juge à la formation du droit, pour tous les cas où le besoin de lacunes dans la loi paraît nécessaire ².

Si on ajoute à cela qu'à défaut de dispositions spéciales, le juge apparaît dans le Code comme « un ministre d'équité ³ », on comprend la large part qui lui a été dévolue par le législateur français.

Tout en consacrant le principe de l'intégralité dans le texte légal, le Code civil français reconnaît au juge de larges pouvoirs d'interprétation et de collaboration.

Quant à la façon dont il en a assuré la réalisation, nous connaissons déjà les formules larges du Code, les conceptions élastiques qu'il contient ; nous en avons déjà trop souvent parlé pour y revenir. Toutes contribuent à conférer au juge un large rôle d'équité : il l'exerce surtout en matière d'obligations ⁴.

Lorsque le législateur français s'en est écarté, lorsqu'il a essayé de restreindre la part de contribution du

1. *Op. cit.*

2. On sait que le Trib. de cassation considérait la jurisprudence, comme « un véritable supplément de la loi ». Fenet, t. II, p. 415. Aussi le Code français subordonnait-il souvent la décision du juge à l'examen des circonstances, cela même en matière d'inaliénabilité du fond total : art. 1558-1559. V. de nombreux cas d'art. semblables cités par Génv, *Science et technique*, t. III, p. 64-65. V. aussi *op. cit.*, p. 465, note 1 : un grand nombre de formules soupares dans le Code ; Martin, *Le régime dotal*, p. IV. On a de plus noté avec raison, qu'il y a dans le Code « quelques textes de principes tout à fait généraux qui dominent d'immenses domaines : art. 1134, 1382 ; J. Rav, *op. cit.*, p. 34 ; Perreau, Le rôle de l'habitude dans la formation du droit privé, *Rev. trim.*, 1911, p. 234 ; Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, 1923, t. II, n. 435 et 233 et s. ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, p. 413, 285-286.

3. « Custos justis », Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse Dijon, 1912, p. 440 ; Génv, *Méthodes d'interprétation*, t. I, 1919, p. 104.

4. V. Morin, *La loi et le contrat*, p. 66-67, p. 69-70 ; Perreau, *op. cit.* t. II, p. 504 ; v. aussi Génv, *Méthodes d'interprétation*, t. I, 1919, p. 104 ; v. aussi R. Demogue, *Traité des obligations*, t. III, 1923, n. 482 ; Hartmann *Der Zivil Gesetz*, p. 314 ; Perreau, *op. cit.*, t. II, n. 239-261 ; J. Bonnecase, *op. cit.*, p. 435 et s.

juge dans l'application de la loi¹, nous avons vu les impossibilités de fait qu'il a rencontrées.

Il importe encore de rappeler que l'article 4 du Code civil français consacre d'une façon indirecte le droit de collaboration du juge à la loi².

C'est grâce à ces pouvoirs que le Code civil français a pu évoluer pendant tout un siècle et inclure dans ses formules un grand nombre d'institutions nouvelles³. Il résulte de ce qui vient d'être dit que, loin d'essayer de réduire le juge à un rôle purement mécanique, le législateur français a compris, dès 1804, la nécessité qu'il y avait d'en faire un collaborateur de la loi.

286. Code civil allemand. — L'influence exercée par la tradition, quant à la limitation des droits du juge, s'affirme encore quelquefois dans le Code civil allemand ; mais ce qui y domine, c'est un esprit nouveau, beaucoup plus large que celui s'exprimant dans les Codes plus anciens⁴. Aussi commencerons-nous par lui, pour indiquer ensuite les restrictions.

Le nouvel esprit du Code se rencontre dans les nombreux articles où le législateur, après avoir tracé un cadre au juge, lui en abandonne l'évolution ; « sa tâche consiste à le remplir de son vrai contenu⁵ » ; il y arrive grâce à l'élément mouvant, souvent moral, introduit par le législateur.

Nous trouvons ensuite un grand nombre de formules n'ayant pas « de limites légales ». Ce sont toutes les

1. V. ex. cités par H. de Pages, *op. cit.*, t. II, p. 310; Piédelièvre, Rapport sur les travaux de la sous-commission des obligations, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1917, p. 82.

2. V. Savigny, *Traité de droit romain*, t. I, 1855, p. 319; Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, p. 360.

3. Esmein, *L'originalité du Code civil. Livre du Centenaire*, t. I, p. 20-21; v. aussi H. de Pages, *op. cit.*, t. II, p. 181 et s., qui indique l'importante évolution accomplie dans les textes de Code sous la poussée des circonstances et par le travail seul de la jurisprudence; Perreau, Les obligations de conscience devant les tribunaux, *Rev. trim. du droit*, 1913, p. 561; Josserand, *Essai sur la propriété collective. Livre du Centenaire*, t. I, p. 357.

4. Aussi ne faut-il pas s'étonner que certains auteurs aient déjà perçu dans le B. G. B., « un mouvement de droit libre » (*Freibewegung*). Rabel, *op. cit.*, p. 309.

5. Endemann, *op. cit.*, p. 47, p. 48; H. de Pages, *op. cit.* t. II ; *Méthodes d'interprétation*, t. I, 1919, p. 104. V. nombreux cas cités par Gény *Méthodes d'interprétation*, t. II, p. 183, n. 2.

hypothèses où le législateur subordonne l'application de la règle à sa conformité aux bonnes mœurs¹, où encore celles où il permet au juge d'établir la nature ou l'étendue de la règle suivant la bonne foi et l'équité, suivant les usages².

Grâce à de telles formules, on permet au juge de conformer la loi aux besoins de la vie. Il en résulte, on le comprendra facilement, de grands pouvoirs pour ce dernier dans l'évolution du texte légal : il jouit souvent d'un pouvoir discrétionnaire « destiné à donner pour chaque espèce ... une solution adaptée à l'espèce, au lieu de la rigidité d'une solution uniforme que lui imposerait la loi³ ».

Le Code civil français n'était pas allé plus loin ; là aussi c'est par les clauses de « bonne foi et d'équité », par la conformité de la loi aux bonnes mœurs, aux usages en cours, qu'on était arrivé à accorder au juge le pouvoir d'interpréter la nature, l'étendue de l'obligation.

C'est par l'introduction de ces éléments mouvants dans les cadres de la loi, qu'on a permis à la jurisprudence française d'assouplir la technique du Code suivant les besoins de la vie.

Il faut, certes, ajouter que l'imprécision du langage y a beaucoup aidé ; de plus, le Code civil français contient des formules larges, très étendues⁴, qu'on ne rencontre pas dans le B. G. B.

1. V. nombreux cas cités par Endemann, *op. cit.*, p. 49.

2. V. quant à la distinction entre la bonne foi ou l'équité, et les usages, Endemann, *op. cit.*, p. 49 : l'auteur constate que « la bonne foi et l'équité renvoient à la mesure établie dans notre conscience morale. Elles sont de nature impérative et ne peuvent être établies par une entente des parties. Par contre, les usages indiquent ce qui est régulier, normal, habituel, sans vouloir empêcher qu'on puisse faire autrement dans un cas spécial ». Cependant et nonobstant ces distinctions, il reconnaît que « si la mauvaise coutume trouve son maître dans la morale et la bonne foi, inversement, les exigences morales devront se tenir à la bonne moyenne de la vie pratique ».

3. Aussi a-t-on vu souvent un premier « essai d'individualisation juridique du droit dans le domaine de la législation civile », Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1204, 118 ; v. art. 138, 817, 826, 534, 1446, 162, 242, 815, etc ; V. aussi Justus Wilhelm Hedemann, *Über die Kunst gute Gesetze zu machen*, Festschrift Otto Gierke, zum Siebzigsten Geburtstag, qui après nous avoir indiqué l'importance des règles élastiques dans le B. G. B., y voit un moyen d'assurer la fonction « d'éducateur du juge » (p. 316) ; Morin, *op. cit.*, p. 70.

4. Tel est le cas des art. 1134, 1382 qui constituent de véritables directives.

En revanche, le caractère moral de ce dernier est plus affirmé¹, la « question sociale » préoccupe souvent le législateur allemand...² ; elle n'est même pas ébauchée dans le Code de 1804. Or, dans la matière sociale, le législateur allemand abandonne au juge le pouvoir de développer un droit plus juste, plus équitable ; par là, il a élargi aussi pour beaucoup les pouvoirs de collaboration du juge à la loi.

Cela dit, il faut cependant ajouter que la crainte traditionnelle d'une liberté trop grande accordée au juge, n'est pas toujours absente du Code. Elle résulte de la tendance du législateur à tout régler, soit par le moyen des renvois et formules enveloppantes, soit surtout par les règles rigides qu'il établit³. Elle s'est affirmée lors des débats qui eurent lieu au Parlement⁴ ; enfin, c'est à elle qu'il faut attribuer la suppression des termes « ordre public » de l'article 138 du B. G. B.⁵.

Nonobstant ces exceptions, l'esprit qui domine dans le Code est plus large, plus libéral que celui des législations allemandes qui l'ont précédé. Tout en restreignant souvent les pouvoirs du juge dans des limites précises, en accordant une grande place dans le Code aux notions « de bonne foi » et d'« équité », le législateur allemand a élargi son rôle jusqu'à en faire souvent l'arbitre des situations juridiques.

1. V. art. cités plus haut. Il importe aussi de rappeler que cet élément intervient non seulement en matière de droit de famille, ou d'évaluation d'un dommage, mais aussi lors de l'attribution du droit de propriété, ou de la constitution d'un droit réel. Tel est le cas des art. 674, 675, 697, 720, etc. du B. G. B. V. aussi Endemann, *op. cit.*, qui constate qu'« on a confié au juge une grande mission de développer le caractère du droit civil » (p. 48). V. grand nombre de tels exemples cités, p. 483 ; v. aussi art. 167 et 242 qui correspondent aux art. 1135 et 1156 du Code civil français.

2. V. note 1.

3. V. Kohler, *Rheinische Zeitschrift*, 1913, qui relève dans le B. G. B., la tendance du A. L. R. qui consiste à lier le juge « d'une telle façon que sa décision puisse être arrêtée au préalable avec précision mathématique » (p. 2) et ailleurs, l'auteur parle des « phrases compliquées qui doivent jouer devant le juge comme un ensemble de lumières et d'ombres » (p. 43) ; Bähr, *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Erste Lesung, Kritische Vierteljahresschrift*, 30 Neue Folge 11, 1888, p. 556 ; Regelsberger, *Gesetz und Rechtsanwendung, Ihering-Jahrbücher für die Dogmatik des B. G. B.*, t. 58, 1912, p. 151, p. 153.

4. Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, t. I, p. 47., note 7.

5. Saleilles, *Le la déclaration de volonté*, 1901, p. 269-276.

287. *Code civil suisse*. — On a souvent noté l'innovation introduite en cette matière par le Code civil suisse¹. Non seulement il élargit par ses directives élastiques les pouvoirs qu'il accorde à la jurisprudence², mais par sa tendance à ne contenir que les principales situations juridiques, par la consécration expresse des droits du juge, il l'a fait participer à sa tâche, « au risque de compromettre son autorité propre de législateur³ ».

Quant aux raisons qui expliquent de tels pouvoirs, elles sont toutes traditionnelles⁴; elles résultent du caractère démocratique de la loi et de la participation du peuple à sa rédaction. Aussi, bien avant la rédaction du Code civil suisse, on proposa de mettre en tête du Code que « l'autorité développante de la doctrine et de la jurisprudence est reconnue⁵ ».

C'est ce qu'a fait le législateur suisse en consacrant, pour la première fois, en matière de Code civil, qu'« à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il élaborerait, s'il avait à faire acte de législateur » (art. 1, al. 2). L'unanimité des auteurs voit dans cette formule la principale innovation intro-

1. Il faut noter que ce pouvoir existe déjà dans le Code des obligations de 1881. Aussi pouvait-on dire dès cette époque que le juge « devient la pierre angulaire du Code lui-même qui s'en remet à sa sagesse et à ses lumières », Raymond Henri, *Etude sur les Institutions civiles de la suisse*, thèse Genève, 1885, p. 175-176; v. aussi pour le Code civil suisse de 1907, Huber, Exposé de motifs, p. 10.

2. Rümelin, *op. cit.*, p. 42; Lucien Brun, *Du rôle du juge en droit suisse*, thèse Grenoble, 1920, p. XIV, p. 8; Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, p. 309, 312-314; Hubert, *op. cit.* t. I, p. 24.

3. Gény, *op. cit.*, t. II, p. 310-329; Leroy, l'Avant-projet du Code civil suisse, *Revue de Paris*, 1^{er} décembre 1902, p. 667; F. Cosentini, *La réforme de la législation civile*, 1913, p. 240; Morin, Crise de la loi et du Contrat, *Bull. Soc. franç. de philos.*, séance du 27 décembre 1924, qui insiste sur la supériorité d'un tel régime, p. 127; Lucien Brun, *op. cit.*, p. 33; F. le Hénaff, Le nouveau Code civil suisse, *Rev. pol. et parl.*, 1908, p. 503; Huber, *op. cit.*, p. 32.

4. Rossel, *op. cit.*, p. 8; v. aussi H. Chaudé, *Le nouveau Code civil suisse dans l'œuvre de la codification moderne*, 1909, qui explique les larges pouvoirs donnés aux juges par l'absence de séparation de pouvoirs dans certains cantons, p. 113-114.

5. Hartmann, *Der Zivilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung*, qui rappelle cette exigence de Bluntschli, qui fut l'auteur du Code de Zurich, p. 324.

duite par le législateur suisse¹ ; elle n'était d'ailleurs que la conséquence toute nécessaire de la nouvelle technique législative. En consacrant une telle technique, le législateur suisse avait affirmé son insuffisance à réglementer les situations juridiques à intervenir ; il paraissait donc normal qu'il reconnût officiellement la présence d'un organe appelé à collaborer avec lui.

Un tel système nous paraît plus moral que celui qui consiste, tout en reconnaissant son insuffisance, à laisser la jurisprudence ruser avec le texte ; il était le seul possible, après l'importance nouvelle accordée aux principes de « bonne foi » et d'« équité ». Comment, en effet, poser un principe tel que celui de l'article 2 et ne pas permettre au juge d'individualiser la règle légale, assurant ainsi plus de justice dans son application.

Ce dernier acquiert dès lors pleine liberté dans l'interprétation de la loi, non seulement en cas de lacunes, mais aussi lorsque celle-ci « préserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer, en tenant compte soit des circonstances, soit des justes motifs² ». Il suffit de lire le grand nombre de renvois placés sous l'article 4, pour comprendre de combien ont été élargis les pouvoirs du juge par le nouveau Code : cela non seulement dans la matière des obligations, mais aussi dans le Code civil proprement dit.

C'est ainsi notamment que le législateur suisse permet au juge d'apprécier si, en cas de constitut possessoire, le transfert de la propriété est de nature à léser les tiers (art. 717), si de justes motifs ne s'opposent pas à ce que

1. H. Chaudé, *op. cit.* « C'est dans sa consécration officielle par la loi que réside l'audace du législateur suisse » (p. 115) ; Hüber, *op. cit.*, p. 31 ; Robert Guex, *Le droit civil en Suisse, 1869-1919, Livre du Centenaire*, t. I, 1923, p. 554 ; Lucien Brun, *op. cit.*, *Le rôle du juge en droit civil suisse*, thèse Grenoble, 1920, p. 20, 59, 80 et s., 118, 149 ; Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, p. 309.

2. Renard, *op. cit.*, qui déclare que le Code civil suisse voit dans la loi « une directive, une source d'inspiration... » (p. 145) ; Professeur Dr Gmür, *Kommentar zum Schweizzivilgesetzbuch*, Band 1, Bern 1913, p. 21 ; Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, p. 183, n. 2 et 3 ; Rabel, *op. cit.*, p. 137 ; Picard, *Le droit nouveau. Introduction aux Pandectes belges*, 1907, p. 22 ; v. dangers d'arbitraires qui peuvent en résulter et nécessité pour le législateur de « dresser un certain cadre dans les limites duquel la liberté du juge doit se mouvoir » (Rümelin, *op. cit.*, p. 45 et s.).

soit nommé le tuteur désigné par les père et mère (art. 381), si des délais peuvent être ou non accordés aux héritiers (art. 576). On perçoit les dangers qui peuvent résulter d'une disposition telle que celle de l'article 4 : dans tous ces cas, l'arbitraire du juge n'est limité que par « la règle du droit et de l'équité ¹ » ; l'intérêt des tiers, la sécurité même du droit sont ainsi à la merci du juge...

Il en est de même pour les nombreuses formules à cadre vague, imprécis, que nous avons déjà citées : ici encore, pas de limites préalables à établir. Si nous nous rappelons enfin le caractère populaire du Code, l'élément moral qui prédomine, les concepts flexibles qu'il contient, l'importance nouvelle accordée au droit social, les larges pouvoirs de développement qui appartiennent partout au juge, on conçoit facilement combien grande est la nouvelle mission qui lui est dévolue.

Le législateur suisse est-il allé trop loin ? Toute réponse trop générale nous paraît ici impossible². Il faut certes reconnaître que des dispositions telles que celles de l'article 717 présentent un véritable danger pour la sécurité du droit. Nous l'avons dit nous-même souvent : le crédit a besoin de règles précises, fixes ; le besoin de sécurité l'emporte ici de beaucoup sur l'adaptabilité nécessaire à la loi. Aussi, ne pouvons-nous admettre qu'on subordonne de telles situations juridiques à des notions aussi imprécises que l'équité du juge, ce qui revient en dernier lieu à son arbitraire.

Mais si cela est vrai, il faut cependant reconnaître qu'en présence de l'insuffisance de la loi, la nouvelle technique législative suisse, qui facilite à la jurispru-

1. V. un grand nombre d'exemples de telles dispositions; Génv, *La technique législative*, op. cit., p. 1028-1032.

2. V. Robert Guex, *Le droit civil en Suisse*, 1869-1919, *Livre du Cinquantenaire*, t. I, 1923, p. 551, qui cite un grand nombre de tels cas; Rümelin, op. cit., qui reconnaît avec Zitelmann que la question de savoir « jusqu'où il faut étendre la liberté du juge ne peut être décidée d'une façon générale ni pour une époque déterminée », que tout dépend des circonstances (p. 43); Colmo, op. cit., n° 87, p. 88; Endemann, *Einführung*, p. 47; Otto Mayer, op. cit. p. 402.

dence la collaboration au texte légal, est de beaucoup supérieure à celles qui l'ont précédée. En consacrant officiellement ce droit, en remplaçant souvent les règles juridiques par des directives générales destinées à guider le juge, le législateur suisse a élargi les pouvoirs et, par là-même, la responsabilité du juge. Bien appliqué, et surtout appliqué par des gens compétents, ce système nous paraît plus moral et plus propre à développer la conscience de la jurisprudence.

Il exige cependant, on le comprendra facilement, un organe spécialement éduqué. C'est de sa conscience, de sa culture que dépendra souvent la sécurité dans le droit et l'honneur des parties.

288. Aussi, ne pouvons-nous concevoir un tel système dans un pays à développement culturel et juridique peu avancé¹. Ce sont ces considérations, ajoutées à celles déjà indiquées plus haut, qui nous ont fait écarter les « blancs-seings » accordés par le Code civil soviétique à sa jurisprudence².

Appliqué par des gens compétents et surtout par des gens conscients de leur rôle, ce système peut présenter le grand avantage de rendre la loi plus juste et de continuer, sous une forme nouvelle, le travail ancien des préteurs.

Il a d'ailleurs déjà fourni ses preuves à l'époque moderne ; il suffit, pour nous en rendre compte, de rappeler le rôle d'équité des Cours d'Angleterre³. C'est grâce à elles que la jurisprudence et la législation

1. V. cependant Gény, L'institution des biens réservés dans l'Avant projet du Code civil suisse de 1900, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1901-1902, p. 311-312.

2. V. au sujet de ces « blancs-seings », en plus de la préface de M. le Prof. Lambert déjà citée, Morin, *La loi et le contrat*, 1928, p. 46; v. aussi quant aux contradictions du Code et des pouvoirs qui en résultent pour le juge, Clampcommunal, Le nouveau Code de famille soviétique, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1927, p. 254.

3. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Dijon, 1912, p. 216; v. quant aux « nombreuses directives souples » de la jurisprudence anglo-saxonne, Morin, *La loi et le contrat*, 1928, p. 45; Gény, *Méthodes d'interprétation*, t. II, p. 75-76.

anglaises sont devenues plus larges et plus équitables¹. Il faut d'ailleurs ajouter que la conscience et la culture du juge anglais sont unanimement reconnues ; aussi, le Parlement anglais se sent lié par la décision des tribunaux et soumis à leur jurisprudence².

On doit certes reconnaître que le régime d'équité n'est pas toujours possible dans le droit moderne pour les pays codifiés ; il y a surtout des matières de droit où le besoin de la précision l'emporte. Même pour ces cas, cependant, le juge ne perd pas tout pouvoir d'interprétation ; il conserve toujours le droit d'indiquer la règle légale qui s'applique aux diverses situations de fait.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet du rôle du juge dans l'interprétation de la loi. Il en résulte que la technique législative moderne paraît de plus en plus insuffisante ; elle a besoin, pour s'appliquer, d'un organe propre, spécialement éduqué à sa tâche. Nous avons vu que des règles trop précises ne peuvent exister et que tout dépend en dernier lieu de la conscience, de la culture du juge... Il nous paraît aussi nécessaire, en présence de la complexité de la vie et du rôle nouveau qui lui appartient, d'exiger la spécialisation du juge à certaines matières de droit ; on lui assurera ainsi une culture et une compétence meilleures...

289. Nous avons vu quelle était la nature propre de la loi et les moyens par lesquels elle s'exprime. Puis, nous avons passé à l'étude des différents caractères du texte légal ; en présence de l'insuffisance de la technique législative moderne à suffire aux nombreux besoins de la vie, nous avons vu comment le législateur faisait de plus en plus appel à un organe spécialement éduqué dans l'appli-

1. V. quant à l'influence de cette jurisprudence sur les lois anglaises, H. Lévy-Ullmann, Discussion du projet de loi sur la lésion, *Bull. Soc. Et. lg.*, 1921, p. 37.

2. Professeur Dr Heinrich Gealand, *Die Beziehungen zwischen dem Parlament und der Gerichte in England*, Berlin, 1928 ; v. aussi Dicey, *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIX^e siècle*, 1906, p. 376.

cation de la loi. Aussi, avons-nous fini ce chapitre avec le rôle du juge dans l'interprétation de la loi.

Il résulte de toute cette étude que des règles trop précises ne peuvent exister en cette matière et que tout est en fonction du but poursuivi par la loi et des éléments de forme que les préceptes légaux sont appelés à exprimer.

CHAPITRE II

PROCÉDÉS LÉGAUX

290. Nous abordons maintenant le dernier chapitre de cet ouvrage qui portera, — comme nous l'avons déjà annoncé, — sur les procédés légaux intervenant dans la rédaction des textes.

Nous avons déjà vu dans notre chapitre précédent que les formules légales étaient le résultat dernier des constructions du législateur. Or, pour y arriver, celui-ci a besoin d'un ensemble de procédés que nous nous proposons d'étudier maintenant.

Les phénomènes sociaux qui forment les bases du travail du législateur se présentent rarement à lui à un état suffisamment précis pour être immédiatement traduits en formules positives ; la vie présente en effet une complexité et une mobilité telles que, pour la régler, le législateur devra baser ses constructions sur des « suppositions », des « assimilations », des « généralisations de faits juridiques particuliers ».

Il ne se contente pas de commander ou d'instruire ; il est souvent obligé de déclarer que certaine situation juridique « est censée », « est supposée » telle par la loi. Il assimile ainsi les situations nouvellement perçues aux situations juridiques anciennes ; il augmente la compréhension et s'évite la peine d'une description trop détaillée qui ne pourrait être que superficielle. Il facilite ainsi le travail de la science et de la jurisprudence, il permet l'évolution du droit.

Nous verrons par la suite que ce procédé a toujours

été employé dans la science du droit ; il apparaît tant en matière de fiction que de présomption. Aussi, commencerons-nous par l'étude de ces deux procédés. Nous nous proposons de voir à cette occasion, dans deux sections distinctes, quelle est leur valeur, quels sont les points de rapprochement et de distinction qui existent entre eux. Enfin, après avoir étudié leur nature et les avantages auxquels elles donnent lieu, il y aura lieu de montrer les dangers qui en résultent pour le législateur en cas d'abus.

Tel sera l'objet de nos deux premières sections de ce chapitre ; nous commencerons par elles, non seulement parce qu'elles constituent des facteurs de progrès dans la loi, mais aussi et surtout parce que toute construction légale a souvent un caractère supposé, artificiel...

Cela dit, nous nous proposons d'étudier dans les deux sections qui suivront le rôle de la définition et de la classification dans la loi. Nous avons déjà souvent dit que les dispositions de la loi doivent conserver un caractère positif ; le législateur doit consacrer ou non les préceptes, suivant qu'il les trouve bons ou mauvais ; là se réduit son rôle... Il appartient ensuite à la science de partir de ces dispositions positives, de textes, pour s'élever à ses constructions ; à elle seule appartient donc le travail de synthèse, de définition.

Si cela est vrai en principe, nous avons vu cependant, au cours de ce travail, que l'unanimité des Codes contenait un nombre plus ou moins grand de définitions. Or, parmi celles-ci, — à côté de dispositions purement doctrinales n'ayant comme telles aucun accès dans le texte de la loi, — nous avons déjà prévu la nécessité pour le législateur d'en consacrer quelques-unes présentant un intérêt légal. Quelles sont-elles, et surtout quel est leur intérêt ? C'est ce que nous nous proposons de dire dans une troisième section.

La quatrième section de ce chapitre portera, — comme nous l'avons déjà dit, — sur le rôle de la classification dans le texte légal. Toute codification est, à un certain sens, un travail de systématisation, de classification...

Aussi, nous proposons-nous de dire quelles sont les qualités nécessaires à un tel procédé ; nous nous contenterons de compléter, à cette occasion, ce que nous avons déjà dit là-dessus.

Il ne nous restera plus après que quelques développements sur la matière du langage. C'est le procédé de technique législative le plus important dont nous ayons à parler. La pensée légale a besoin, pour s'affirmer, d'un instrument approprié : le langage. Les liens étroits qui existent entre celui-ci et la pensée ont fait croire souvent que la technique législative se réduisait à une question de mots. Nous verrons par la suite tout ce qu'il y a de vrai dans une telle affirmation ; nous tenons simplement à constater ici de nouveau les liens étroits existant entre le fond et la forme. Les concepts politiques, économiques, moraux, juridiques demandent en effet des expressions appropriées. De là naît la difficulté que nous essayerons de résoudre par la suite, lorsque nous parlerons du langage populaire et juridique.

Tel sera l'objet des développements à suivre. On conçoit de cette simple énumération toute leur importance. Présomptions, fictions, définitions, classifications, langage, tels sont les différents procédés qui interviennent dans la rédaction de la loi ; tous contribuent à la réalisation du droit par la loi. Parmi ces procédés, le principal est le langage, puisque c'est par lui que la pensée légale s'affirme à la vie. Aussi, l'avons-nous placé à la fin de ce chapitre et de notre travail.

I. — *La présomption,*

291. Ce procédé apparaît, dès la première vue, comme ayant un caractère purement logique ; il consiste en effet, dans des suppositions, des inductions établies par la loi ou par le magistrat et permet de rattacher certaines conséquences précises à des faits juridiques déterminés. Il accomplit par là la fonction de moyen de preuve ayant un caractère plus ou moins absolu.

Son rôle pratique est des plus importants, puisqu'il facilite la stabilisation des différentes situations juridiques ; en permettant l'établissement de situations précises, déterminées, il assure la sécurité suffisante à notre esprit, il augmente par là sa compréhension.

On comprend facilement que les présomptions établies par la loi présentent une précision et une sécurité autres que celles établies par le juge. Même parmi les premières, il y a une distinction à faire à ce point de vue ; en effet, lorsque le législateur établit ses présomptions, il le fait pour protéger un intérêt privé ou public déterminé ; aussi, leur accordera-t-il une nature relative ou absolue, suivant qu'il permettra ou non la preuve contraire. C'est en partant de cette dernière distinction que les auteurs classent ces procédés en : présomptions *juris tantum* et *de jure*¹ ; alors que les premières sont les plus nombreuses dans le Code, les secondes ne se présentent qu'à l'état exceptionnel.

292. Nous avons vu que la présomption était un procédé logique par lequel la loi rattache certaines conséquences à des faits juridiques déterminés. Le besoin de sécurité et de stabilité des situations sociales, le désir d'éviter tout arbitraire de la part des juges expliquent l'apparition de bonne heure de ce procédé. Domat le connaît déjà et l'autorise² ; Montesquieu, plus tard, en conçoit aussi le bien-fondé ; il distingue, à cette occasion, les présomptions de la loi de celles de l'homme. Alors que ces dernières peuvent présenter souvent un caractère arbitraire, il n'en est plus de même pour celles de la loi. Car, lorsque la loi présume, elle donne aux juges « une règle fixe³ » ; elle arrive ainsi à assurer la réalisation du droit et sa conformité à l'un des principes de base les

1. Aron, *Théorie générale des présomptions légales*, thèse Paris, 1895, p. 75 ; Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 5^e éd., 1928, p. 232 ; v. aussi Gény, *Science et technique*, t. III, 1923, qui rapproche la présomption *de jure* de la fiction, p. 272 ; Colmo, *op. cit.*, p. 207.

2. Aron, *op. cit.*, p. 20.

3. Montesquieu, *L'Esprit des lois*, p. 536 ; v. aussi Aron, *op. cit.* p. 16.

plus importants de la technique législative : celui de la sécurité nécessaire dans le droit ¹.

Cela est d'autant plus important qu'il y a des cas où « il est impossible de connaître la vérité de ce qui est ² ». En présence de la pluralité des faits présentant un même degré de certitude, il appartient à la loi de choisir. Elle doit le faire pour donner à la pratique une règle fixe. Nous insisterons plus tard là-dessus ; nous tenons simplement à relever ici que le procédé de la présomption a été connu dans l'ancien droit français.

Son origine est purement romaine ; tout en n'ayant pas l'importance de la fiction, ce procédé apparaît souvent dans le droit romain classique. Il en est ainsi pour le principe de l'autorité de la chose jugée, pour la protection accordée en matière de possession. Il ne nous appartiendra pas, sans doute, d'insister longtemps là-dessus, car cela nous conduirait au dehors de notre sujet. Nous tenons cependant à rappeler que la théorie qui a pour but de protéger comme possesseur tout détenteur, jusqu'à preuve du contraire, est une création du droit romain. On connaît trop, pour que nous la relevions encore, l'importance pratique de ce procédé ; on arrive ainsi à protéger tout détenteur de bonne foi ayant la volonté de posséder. La présomption répond dès lors à un besoin de sécurité nettement ressenti ; elle arrive à donner naissance à une véritable règle de fond ayant un caractère absolu.

Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que le procédé de la présomption avait acquis une grande importance dès le droit romain ; il y apparaît sous sa double nature de moyen de preuve et en même temps de règle de fond. Ce double caractère, passant dans l'ancien droit, a souvent donné naissance à de grandes difficultés ; celles-ci

1. Aussi a-t-elle encore aujourd'hui un rôle très important dans le droit, Gény, *op. cit.*, p. 265 ; v. surtout p. 359-360.

2. Domat, cité par Aron, *op. cit.*, p. 18-19 ; v. aussi Morin, *La loi et le contrat*, p. 158 : « sans doute cette observation directe des choses et des faits n'est pas toujours possible, et alors la présomption devient l'instrument nécessaire de la connaissance. Mais c'est seulement dans les cas de nécessité absolue qu'il convient d'y recourir ».

apparaissent tant quant à la limitation précise que quant aux conséquences de ce procédé.

C'est ce qui explique le désir du législateur français de faire cesser ces discussions ; en rédigeant l'article 1352, les rédacteurs du Code civil espéraient y avoir abouti ¹. Nous verrons plus tard, lorsque nous parlerons du rôle de la présomption dans le Code civil français, ce qu'il faut en penser et si ce but a été complètement atteint.

293. La présomption est un procédé logique servant de moyen de preuve ; elle consiste à induire de certains faits l'existence d'autres faits ou de droits. Elle est souvent abandonnée « à la prudence et aux lumières des magistrats » (art. 1353). C'est l'objet des présomptions simples dont nous ne nous occuperons pas ici ; elles constituent des moyens de preuve soumis le plus souvent à l'arbitraire du juge ².

Il en est tout autrement des présomptions que la loi établit soit d'une façon absolue, soit jusqu'à preuve du contraire ; elles sont de véritables règles légales, « rattachées par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits » (art. 1350). Elles constituent des procédés techniques en ce que le législateur choisit dans la multitude des faits juridiques certains faits spéciaux auxquels il rattache des conséquences bien déterminées ; il généralise ces faits et procède ainsi de la même façon que lorsqu'il pose des principes généraux. Ses suppositions peuvent être conformes à la réalité. Il en est ainsi toujours pour les présomptions relatives ; en autorisant la preuve contraire, le législateur exclut ses suppositions pour le cas où elles y contreviendraient. Il en est ainsi souvent pour certaines présomptions absolues. Il faut cependant reconnaître que, dans ce dernier cas, les inductions du

1. V. Gény, *op. cit.*, p. 308.

2. V. quant à leur caractère imprécis et arbitraire, Aron, *op. cit.*, p. 16 ; H. de Pages, *op. cit.*, p. 301.

législateur arrivent la plupart du temps à dénaturer cette réalité.

Cela se comprend facilement si on saisit l'ensemble du mécanisme de la présomption ; ce procédé consiste, en effet, à remplacer la multiplicité par l'unité, la diversité par l'uniformité. Il en est ainsi notamment pour la plupart des lois qui considèrent l'aliéné interdit incapable pendant tout le temps de son interdiction, sans distinguer suivant sa plus ou moins grande capacité naturelle ; un tel système ne peut correspondre à la réalité qui consiste en degrés variables d'inconscience. Il est cependant seul possible pour répondre au besoin de sécurité nécessaire dans la vie du droit. Lui seul arrive à protéger aujourd'hui d'une façon suffisante les tiers.

Il en est de même du principe de l'autorité de la chose jugée ; l'ancien adage *Res judicata pro veritate habetur* apparaît souvent contraire à l'équité et à la réalité des choses ; le législateur arrive souvent, en le posant, à dénaturer la vérité ; il faut cependant reconnaître que seul il paraît possible à un certain degré du développement social.

Il résulte donc de ce qui vient d'être dit que si les présomptions ne sont pas toujours contraires à la réalité, il en est ainsi pourtant souvent pour celles établies par le législateur dans un but de raison publique. En présence de la complexité de la vie, le législateur est obligé de poser une règle fixe qui trouve son application rigoureuse aux multiples situations juridiques¹. La présomption apparaît ici comme un véritable procédé technique semblable à celui que nous avons rencontré déjà en matière de généralisation.

En présence de l'impossibilité d'atteindre la vérité dans chaque cas spécial, le législateur pose une règle et défend tant aux juges qu'aux parties de l'enfreindre. Il arrive ainsi souvent à créer une situation juridique semblable à celle que nous étudierons plus tard lorsque nous

1. V. aussi, quant au caractère de la présomption comme procédé de technique législative, H. de Pages, *op. cit.*, t. I, p. 303.

parlerons de la fiction. En effet, dans les deux cas, le législateur substitue « le fictif au réel, l'arbitraire à la vie ». Il supprime « ce qu'il y a de spécifique dans les faits, pour ne leur laisser que certains caractères communs ¹ ». Aussi comprend-on qu'on ait pu soutenir qu'à un certain degré la présomption se transforme en fiction ² et qu'on ait pu parler de la connexité de ces deux sortes de procédés ³.

On a cependant essayé quelquefois de séparer d'une façon précise ces deux notions ⁴. On a invoqué pour cela la tradition qui, depuis longtemps, semble les distinguer ; alors que, « dans la présomption, la supposition est celle d'un fait probablement vrai, dans la fiction elle est celle d'un fait certainement faux ⁵ ». Est-ce bien vrai et peut-on vraiment établir une telle distinction ?

Dans le cas de la présomption de l'incapacité établie par la loi pour l'aliéné interdit, pour tout le temps que dure l'interdiction, peut-on vraiment dire qu'il existe une supposition d'un fait probable ? Le législateur a-t-il pu croire, en posant une telle règle, qu'elle serait conforme à la réalité ? Nous avons déjà vu qu'une telle supposition nous paraît impossible en présence des divers degrés d'inconscience, de conscience et de subconscience qui se manifestent durant cette époque. Ce n'est donc pas la croyance d'un fait probablement « vrai » qui a pu faire établir par le législateur une telle règle ; ce sont les raisons d'ordre public déjà citées qui en sont la cause.

De même est-ce toujours la croyance chez le législateur de la fausseté du fait d'où il part, qui est le propre

1. Mallieux, *L'exégèse des Codes*, p. 161.

2. V. Gény, *op. cit.*, p. 272; Mallieux, *op. cit.*, p. 159; v. aussi Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, 1925 qui déclare que les « fictions compensatrices de la simulation (art. 918) ne sont que des présomptions » (p. 266-267).

3. Renard, Conférences sur « Le droit, la justice et la volonté », p. 137, note 2.

4. V. Lecocq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse Paris, 1914, p. 28.

5. V. Lecocq, *op. cit.*, p. 28. L'auteur cite Poullain-Duparc, qui dans ses *Principes de droit français, suivant les Maximes de Bretagne*, chap. Les fictions de droit, § 1, t. III, p. 340 de l'édition de 1768, établit déjà la distinction. Elle est bien plus ancienne, puisqu'elle paraît remonter, d'après l'auteur, à 1652. V. *op. cit.*, p. 28 et note 2.

de la fiction ? Il y a un cas où cela n'est certainement pas possible : c'est celui du mandat tacite. De plus, il n'y a pas d'accord parmi les auteurs pour établir une distinction précise entre le domaine de ces deux procédés, ni pour la loi quant à l'emploi de leurs formules ¹.

Ce sont ces nombreuses considérations, ajoutées à celles que nous avons déjà citées, qui nous font croire qu'on ne peut établir en notre matière, comme d'ailleurs en aucune autre, de technique législative, des limites trop précises. Certes, les suppositions qui sont à la base des présomptions sont le plus souvent conformes à la vérité ² ; mais nous avons vu que quelquefois le caractère domine ; aussi, tout est une question de nuances, de différences de degrés... ³.

Quant à la question de savoir quelles sont les matières du Code où ces présomptions interviennent, la question paraît des plus aisées. Nous avons vu, en effet, dans les développements passés, que tout Code contenait deux

1. V. Lecocq, qui constate que : « les expressions « censées », « réputées » et autres semblables, peuvent indiquer des présomptions ou des fictions » (p. 30) ; v. Kohler, *op. cit.*, p. 365 ; v. aussi H. Dumeril, Les fictions juridiques, *Revue gén. du droit*, 1882, p. 450.

2. « A la normalité qui domine la vie morale et sociale » (Gény, *op. cit.*, p. 226) ; v. en sens contraire, Morin, qui constate que : « le résultat très pratique des présomptions est acheté dans bien des cas, au prix du sacrifice de la vérité : ni les variations de durée de la gestation n'ont un minimum et un maximum invariables, comme le suppose le Code, ni toutes les femmes ne sont fidèles... De même tous les mineurs de 21 ans ne sont pas incapables... » Aussi l'auteur croit-il que les présomptions légales constituent « un procédé technique par lequel le législateur dénature, consciemment et dans un but pratique, la réalité, donnant ainsi au juriconsulte le mauvais exemple contagieux du défaut de cette exigence scrupuleuse que l'on apporte dans toute recherche » (*op. cit.*, p. 158) ; Gény, *op. cit.*, p. 287.

3. C'est ce que constate M. Gény, lorsqu'il dit dans son ouvrage souvent cité, qu'il n'y a, entre la présomption et la fiction « qu'une différence de degrés, puisque de part et d'autre, on voit l'artifice de la pensée corrigeant l'inconsistance ou les contingences de la vie dans un but général d'ordre idéal. Des deux côtés se produit ce phénomène de technique juridique fondamentale, que nous avons dénommé la réduction simplificatrice des éléments substantiels du droit : par substitution du quantitatif au qualitatif, dans les cas de présomptions légales ; par élimination artificielle des conditions juridiques des règles dans celui des fictions » (p. 264) ; v. aussi Gény, *op. cit.*, p. 272 où l'auteur constate que quelquefois la présomption se transforme « en un procédé technique nouveau qui excède le domaine de la preuve pour régir le fond du droit, et sert de chaînon intermédiaire entre la présomption du droit normal et la fiction » ; Henri Dumeril, Les fictions juridiques, *Revue gén. du droit*, 1882. V. ex. cités p. 451 : l'auteur croit cependant que « les présomptions sont le plus souvent conformes à la réalité et n'ont qu'exceptionnellement le caractère de fiction » (p. 451).

sortes de dispositions distinctes ; nous les avons appelées après d'autres ¹, règles constructives et normatives.

Les premières contiennent les préceptes de la loi destinées à servir de cadres d'organisation à la vie juridique ; leur nature doit être des plus précises, afin d'assurer le maximum de sécurité possible aux parties. Aussi, seules les présomptions légales peuvent intervenir dans ce cas ; elles seules assurent le degré de sécurité nécessaire aux parties. Tel est le cas notamment lorsque la loi déclare « la propriété ou la libération résultée de certaines circonstances déterminées » (art. 1350, al. 2).

Quant aux présomptions simples que la loi abandonne à l'appréciation du juge ², elles ne peuvent être appliquées par le législateur qu'en matière de règles normatives. Nous avons déjà dit que le caractère des formules appartenant à ces groupes de règles est lâche, général... Il apparaît donc normal d'accorder aussi en matière de preuves de larges pouvoirs d'appréciation au juge, sans essayer de le lier par une règle fixe. Nous verrons, par la suite, quelle a été l'attitude des Codes civils français et allemand à ce point de vue. Nous tenons pour le moment à constater que la présomption est un procédé logique, inductif, d'une nature plus ou moins absolue suivant les matières où il intervient. Procédé technique par excellence, il est basé sur une construction plus ou moins artificielle.

La présomption part de situations spéciales, individuellement déterminées, pour s'élever à des généralisations ; elle arrive par là souvent à dénaturer la réalité. Elle présente des dangers non seulement parce qu'« elle donne aux juristes un mauvais pli intellectuel ³ », mais parce qu'elle arrive souvent à déformer la réalité. Or, nous l'avons dit au cours de nos développements passés, la loi doit avant tout conserver son caractère pratique :

1. H. de Pages, *De l'interprétation des lois*, Bruxelles, 1925.

2. V. cependant H. de Pages, *op. cit.*, qui admet l'intervention des présomptions de fait dans le domaine des règles constructives, mais seulement « à titre supplétif et subsidiaire » (t. I, p. 301).

3. Morin, *op. cit.*, p. 158 ; v. aussi 668, note 2.

née de la vie, elle doit pouvoir s'y conformer à chaque instant. On comprend facilement que cela paraisse impossible sous un système législatif consacrant un grand nombre de présomptions légales ; le caractère abstrait, général, de telles dispositions rendrait cette conformité irréalisable.

Ce sont ces considérations qui expliquent que la plupart des auteurs demandent de ne recourir à ces présomptions que « dans les cas de nécessité absolue ¹ », ou de ne les admettre qu'à charge de preuve contraire. Ce n'est qu'ainsi qu'on pourrait en assurer la conformité à la réalité. Qu'est-ce à dire ? Ce procédé est-il toujours légitime ? Ne doit-il être admis qu'à charge de preuve contraire ? C'est ce que nous nous proposons d'étudier maintenant.

294. La légitimité de la présomption a été déjà suffisamment établie pour que nous n'y revenions à nouveau. La vie offre à notre esprit une multiplicité et une complexité telles qu'il serait impossible de les découvrir et de les comprendre sans l'emploi de quelques règles techniques. Telles sont les définitions, abstractions ; telles sont aussi la présomption et la fiction.

Elles sont toutes des constructions de notre esprit sans lesquelles celui-ci ne peut comprendre ni régir la réalité. C'est l'insuffisance foncière de notre esprit qui en motive donc l'existence ; sa légitimité nous paraît aujourd'hui indiscutable. Ce qui seul peut encore faire l'objet de discussions et de controverses, c'est le point de savoir dans quelle mesure ce procédé technique peut être employé ?

En d'autres termes le législateur a-t-il le droit après avoir donné force légale à ses suppositions, d'interdire la preuve contraire ? Quelles sont les conséquences précises qui en découlent ?

La présomption consiste dans la généralisation d'un rapport de droit saisi par le législateur entre deux faits,

1. Nous le verrons par la suite dans les développements qui suivront.

de telle sorte qu'il suffit de prouver l'un d'entre eux pour que la loi suppose l'existence de l'autre. Il en est ainsi notamment en matière de protection possessoire : il suffit que le détenteur d'une chose prouve le fait matériel de la détention et une cause qui la légitime, pour que la loi le protège en tant que possesseur et oblige l'autre partie à faire la preuve contraire.

La présomption accomplit ici le rôle de moyen de preuve ; elle facilite pour beaucoup la situation de la partie qui se trouve placée dans un des cas prévus par la loi. C'est ce que remarque l'unanimité des auteurs¹ ; aussi, si la plupart d'entre eux admettent comme légitime la présence dans la loi des présomptions relatives, il en est tout autrement pour celles présentant un caractère absolu. Ils soutiennent en effet que toute preuve comporte une preuve contraire ; aussi demandent-ils d'étendre ce système de toutes les présomptions, même à celles ayant un caractère absolu². D'autres limitent les présomptions absolues à des cas exceptionnels ou tout au moins là où des raisons d'ordre public les imposent.

Ceux qui demandent de n'admettre les présomptions qu'à charge de preuve contraire invoquent la nécessité de ce procédé d'être conforme à la réalité³ : ce n'est qu'ainsi qu'il pourra conserver son caractère logique, soustrait à l'arbitraire. Or, « comment pouvoir espérer que la généralisation tentée sera justifiée par une expérimentation postérieure, concluante, puisque dans un nombre d'hypothèses la loi elle-même, en prohibant la

1. Morin, *op. cit.*, p. 158 ; la plupart des auteurs soutiennent que cette fonction de la présomption et sa fonction normale (v. notamment Aron, *op. cit.*, p. 75) que le procédé logique dont elle se sert, est presque similaire à celui de la preuve : André Dumora, *Etude sur les présomptions en droit civil*, thèse Bordeaux, 1901, p. 127-128 ; Cromé, *System des Deutschen Burgerlichen Rechts*, t. I, 1900, p. 563 ; Gény, *op. cit.*, p. 351 ; v. cependant Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, *op. cit.*, qui constate qu'il est tout à fait caduc de ne pas indiquer la présomption comme telle, mais d'y mêler la question de preuve.

2. Geoffroy, *op. cit.*, p. 166.

3. Geoffroy, *Essai sur les présomptions légales en matière civile*, thèse Paris, 1891, p. 162, p. 169 ; V. aussi André Dumora, *op. cit.*, p. 129, v. aussi p. 131-132 ; l'auteur indique que ce n'est « qu'à cette condition que les présomptions légales seraient justes, légitimes et ne mériteraient plus les reproches d'illogisme et d'arbitraire qu'on leur adresse encore aujourd'hui ».

preuve contraire, s'oppose à ce que cette expérimentation soit réalisée¹. Aussi a-t-on vu dans un tel procédé qui bouleverse « la preuve et détruit la liberté des parties », un système illogique n'ayant aucun fondement rationnel. Bien plus, il peut entraîner après lui de très grands dangers : il porte en effet atteinte aux initiatives individuelles qui forment la base de toute activité légale². Le système contraire semble avoir été appliqué dans certains pays, ajoute-t-on, sans avoir donné de trop mauvais résultats³.

On arrive ainsi à limiter les présomptions à leur qualité de « moyen de preuve », seul rôle qui doit leur être accordé dans la loi.

Il faut reconnaître dès le commencement qu'il y a beaucoup de vérité dans ces affirmations. Nous l'avons dit nous-même souvent : tout procédé légal pour pouvoir répondre à son but pratique doit être le plus possible conforme à la réalité. Quelle que soit l'importance de l'élément artificiel qui intervient dans sa construction, il ne doit jamais s'en écarter. Cela est surtout vrai lorsqu'il s'agit des procédés techniques : ceux-ci doivent assurer le plus possible la conformité de la loi à la vie. Nous avons déjà suffisamment dit là-dessus pour comprendre que le système des présomptions absolues ne pourrait y arriver.

De plus les présomptions remplissent, dans la loi, le rôle des moyens de preuve. Or, les présomptions absolues en constituent un véritable bouleversement. Aussi cette « dénaturation d'un moyen technique, tendant originellement à faciliter la preuve en un procédé qui l'entrave et va jusqu'à l'exclure, doit être tenue pour anormale et n'être admise par le droit objectif que sur des raisons d'intérêt social majeur et présentant un caractère exceptionnel⁴ ».

1. Geoffroy, *op. cit.*, p. 162.

2. Geoffroy, *op. cit.*, p. 163, p. 166.

3. Geoffroy, *op. cit.*, qui constate que cette théorie est consacrée par « la législation anglaise » (p. 167-168).

4. Gény, *op. cit.*, p. 299-300. V. aussi p. 330.

Nous sommes tout à fait d'accord là-dessus ; nous croyons cependant que si le législateur ne peut employer ses présomptions absolues d'une façon habituelle, il doit cependant y avoir recours pour des raisons d'ordre public. Dans ce cas la présomption, par son caractère de moyen de preuve, peut devenir une véritable règle de fond s'imposant tant aux juges qu'aux parties. Il est en effet nécessaire que le législateur établisse des règles précises, générales, en vue d'un intérêt social supérieur et qu'il empêche les parties d'y déroger. C'est le cas de la présomption en matière de conception, de l'autorité de la chose jugée.

Certes, ces présomptions peuvent sembler souvent contraires à la réalité ; l'organisation de la famille, le besoin d'éviter aux parties la chicane et le trop grand nombre de procès, ont obligé cependant le législateur d'intervenir.

Dans le deuxième cas, les intérêts des particuliers peuvent en souffrir quelquefois ; mais cela ne sera que la conséquence légitime de la protection due à l'intérêt supérieur de la société. Aussi, l'emploi des présomptions absolues, restreintes à des cas exceptionnels, nous paraît non seulement nécessaire mais légitime. La doctrine ancienne qui en demande l'exclusion totale de nos Codes, semble accorder une trop grande importance aux intérêts individuels¹ : ceux-ci ne peuvent pas toujours l'emporter sur l'intérêt social. Tout Code civil doit en effet essayer d'harmoniser ces deux intérêts en présence et savoir subordonner les premiers aux seconds, lorsqu'une raison publique le demande.

On conçoit cependant facilement que cette intervention du législateur doit conserver un caractère exceptionnel ;

1. V. Geoffroy, *op. cit.*, p. 166. V. aussi critiques citées par Aron, *op. cit.*, p. 168 et suiv. L'auteur remarque avec raison que : « si la preuve contraire était permise, on donnerait naissance à une foule de procès qui présenteraient des difficultés de preuve très délicates, presque insurmontables. Pour une hypothèse rare, en somme, pour ménager un intérêt privé qui ne sera peut-être pas toujours très respectable, on soulèverait quelque procès difficilement résoluble et on risquerait de voir la loi violée. Entre les deux solutions le choix s'impose sans limitation » (p. 175).

on ne comprendrait plus aujourd'hui que le législateur puisse lier le juge et les parties par des formules rigides, à caractère absolu, et n'étant pas légitimé par des raisons d'ordre public. De telles formules ne peuvent être admises que d'une façon tout à fait restreinte ; les pouvoirs d'interprétation qu'elles accordent au juge sont de droit étroit. Aussi croyons-nous que le législateur ne pourrait se contenter de poser une formule générale en notre matière ; une telle règle ne pourrait donner lieu qu'à des difficultés et controverses sans nombre. C'est ce que nous verrons d'ailleurs par la suite.

Il suffit de constater ici simplement, que si nous admettons que le législateur puisse établir des présomptions légales absolues, nous demandons cependant qu'il le dise d'une façon précise, en excluant pour chaque règle la preuve contraire¹. Ce n'est qu'ainsi qu'il assurera la sécurité nécessaire dans le droit et évitera les difficultés et controverses qui pourraient surgir par la suite. Il ne nous semble pas nécessaire, comme nous le verrons d'ailleurs bientôt, qu'il emploie une formule spéciale ; il suffit que la volonté du législateur ressorte clairement de la formule employée².

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la présomption employée comme procédé de technique législative. Comme tous les concepts similaires, la présomption est un moyen logique, artificiel ; elle est basée sur l'expérience en ce que le législateur qui la pose part de suppositions, inductions qui lui sont fournies par les faits. Plus le nombre de faits observés sera grand, plus ces inductions seront conformes à la vérité.

Mais par là-même, elles constituent une généralisation, elles s'éloignent de la vérité ; elles apparaissent souvent en opposition avec la réalité de la vie. Lorsqu'elles excluent la preuve contraire, elles perdent leur caractère de moyens de preuve, pour acquérir celui d'un véri-

1. V. Gény, *op. cit.*, p. 301 et note 1.

2. Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, *op. cit.*, qui déclare qu'un langage uniforme est en tous cas désirable (p. 365).

table procédé technique ayant une valeur absolue. Aussi ne peuvent-elles intervenir dans la loi qu'à l'état exceptionnel ; ce n'est qu'ainsi qu'elles conservent toute leur légitimité. Cela dit, nous nous proposons d'étudier maintenant, dans les quelques développements qui nous restent, l'importance de la présomption dans le Code civil français et dans le Code civil allemand.

295. Code civil français. — Nous avons déjà souvent vu quelle était l'importance accordée par le Code civil français à ce procédé technique. Cela est d'ailleurs conforme à l'ancien droit¹, où ce procédé a été étudié par différents auteurs². Ils le distinguent de la fiction, en lui accordant un caractère de probabilité³ ; ils en reconnaissent la légitimité par la nécessité qu'il y a pour le législateur à fixer pour la pratique des règles fixes.

En présence des difficultés et des controverses auxquelles donnait lieu ce procédé, nous avons vu les rédacteurs du Code civil français essayer d'établir, par des textes précis, les cas où il intervient. Ils croyaient y être arrivés en écrivant l'article 1350⁴. L'article 1352 devait, de plus, faire cesser « par une règle simple et juste ... de longues controverses sur les caractères distinctifs des présomptions⁵ ».

Il importe de constater, dès le commencement, qu'en exigeant une loi spéciale pour la création des présomptions légales, le Code civil français nous a fourni une règle suffisamment claire et précise ; aussi, ne devait-elle

1. Nous avons vu, en effet, que la distinction entre la présomption et la fiction remonte à 1652 ; Lecocq, *op. cit.*, p. 28.

2. V. Aron, *op. cit.*, p. 20 ; Lecocq, *op. cit.*, p. 28.

3. V. *op. cit.*

4. « Notre projet n'indique que des exemples, mais ils suffisent pour l'explication de principes qui, au reste, consistent en ce qu'il ne peut y avoir de présomption légale que celle qui est attachée par une loi spéciale à un acte ou à un fait ; aussi ne peut-il y avoir embarras pour distinguer la présomption légale » (Joubert, Rapport au Tribunal, Fenet, t. XIII, p. 401).

5. V. Déclarations de Bigot de Preameneu, Loche, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XII, Paris, 1828, p. 411, cité d'après Génv, *op. cit.*, p. 308, note 3, qui « la trouve naïve » et la tient pour « complètement manquée », — cela à cause de l'absence, au moment de l'établissement de la règle, « d'un nombre suffisant d'applications » (p. 309, note 3).

pas être complétée par voie d'exemples ayant un caractère explicatif¹. Indépendamment des désavantages généraux techniques d'un tel procédé, l'article 1350, tel qu'il est rédigé, présente une double insuffisance : il est d'abord incomplet² ; il est ensuite illogique et inexact. En considérant comme une présomption « la force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment, le Code commet une évidente confusion³ »

Quant à l'article 1352, on a reconnu depuis longtemps son insuffisance. Son caractère général devait « lui permettre non seulement de dominer les dispositions du Code civil, mais encore toutes les applications du droit que consacrent les lois françaises⁴ ».

Malheureusement, la tentative de généralisation que nous offre le législateur est loin de répondre aux espoirs émis lors des travaux préparatoires ; au lieu d'éclairer la question, elle a suscité autour d'elle des difficultés inextricables. Aussi croyons-nous que le codificateur français aurait dû se contenter d'écarter la preuve contraire dans les différentes applications qu'il établit de la présomption absolue ; nous estimons qu'il a fait fausse route en consacrant un principe général en cette matière. Tout en n'écartant pas les difficultés qui lui sont inhérentes, il a rendu plus malaisé le développement de la science juridique.

Nous avons vu, de plus, que l'admission des présomptions par le Code doit conserver un caractère exceptionnel ; le législateur doit manifester sa volonté d'une façon précise, tout en abandonnant à la doctrine l'établissement d'un principe général en cette matière. Un tel sys-

1. On arrive ainsi à donner lieu à de grandes difficultés pour l'interprétation en cas d'insuffisance des textes.

2. Il a « un caractère manifestement empirique qui ne répond à aucune conception rationnelle saisissable » (Gény, *op. cit.*, p. 288).

3. Ambroise Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 282, qui constatent avec raison que « l'aveu et le serment sont des modes de preuves distinctes et non le résultat d'une présomption » ; Gény, *op. cit.*, qui considère aussi ce système comme non acceptable, p. 288, note 2 ; v. quant aux nombreuses questions auxquelles cette règle peut donner lieu, Lyon-Caen, Questionnaire adopté par le Comité central de rédaction pour la 4^e sous-commission, sur le Rapport de L. C., *Bull. Soc. Et. lég.*, 1908, p. 267.

4. Gény, *op. cit.*, p. 304.

tème serait plus conforme aux besoins de sécurité et d'adaptabilité qui doivent régner dans le Code.

Il importe d'ajouter immédiatement que si des lacunes subsistent dans le Code civil, quant aux conséquences à résulter des présomptions absolues établies par le législateur¹, elles n'apparaissent pas en matière d'organisation de la famille², ou de la protection de la propriété³. On a déjà noté, en effet, la précision du Code en matière de conception ou de recherches de la paternité⁴. Il suffit aussi de rappeler que sur huit articles consacrés à la matière de la possession (art. 2228-2235)⁵, le Code civil n'en contient pas moins de trois, destinées à la matière de la preuve ; cela s'explique par des raisons traditionnelles : la plupart des présomptions existant dans la matière, ont une origine romaine ou appartiennent à l'ancien droit français (art. 2279).

Seul, un tel système pouvait suffire ; le caractère constructif des règles du Code existant en cette matière exigeait, comme nous l'avons déjà dit, la présence de dispositions précises, accordant aux parties une sécurité suffisante. Les présomptions acquièrent ici la nature de véritables règles de fond, organisant la famille ou la protection de la propriété.

Il devrait en être de même pour celles existant en matière de responsabilité. Il faut reconnaître cependant que cette précision n'existe pas toujours dans le Code.

Il résulte de nos développements précédents que, tout en contenant un grand nombre de dispositions légales, le Code civil français ne renferme pas de plan d'ensem-

1. Génv, *op. cit.*, p. 309.

2. Génv, *op. cit.*, p. 302.

3. *Ibid.*

4. V. art. 312 et suiv., art. 340 ; v. aussi Génv, *op. cit.*, qui observe que l'art. 340 rénové, maintient cette même précision. Il « s'est visiblement eff. ré, dit-il, de préciser tant dans leurs conditions positives d'application que dans les prescriptions de non-recevoir qu'elles peuvent comporter, les circonstances qui permettront désormais la déclaration judiciaire d'une paternité hors mariage » (p. 302).

5. V. là-dessus Ihering, *Du rôle de la volonté dans la possession*, 1891, qui déclare expressément que le Code civil français a donné « une solution parfaitement satisfaisante à la question de la preuve dans la possession... » (p. 145).

ble. Il consacre des dispositions précises en matière d'organisation de famille et de propriété, mais maintient encore de nombreuses lacunes¹ ; il contient des présomptions n'ayant plus qu'une valeur traditionnelle², ses dispositions générales sont insuffisantes et souvent confuses.

Tels sont les traits communs qui se dégagent de notre étude sur le Code civil français ; il apparaît que les présomptions consacrées par le codificateur de 1804 sont non seulement utiles, mais nécessaires. Cela tant pour la constitution de la famille, que pour la protection de la propriété et pour empêcher la fraude à la loi.

Si cela est vrai, il semble cependant que beaucoup de lacunes devraient être évitées, qu'un certain nombre de dispositions se référant à la spécification de la preuve pourraient être placées dans le Code de procédure, comme ayant une nature essentiellement formelle. Cela dit, nous passons à l'étude du Code civil allemand.

296. Code civil allemand. — Il a été déjà dit, dans nos développements précédents, que le rôle principal des présomptions est de servir comme moyen de preuve dans la loi. Il semblerait donc logique que le législateur allemand ait écarté ces dispositions de son Code civil pour les transporter dans le Code de procédure. Nous avons vu, en effet, lorsque nous avons parlé du « facteur juridique dans le Code », que les dispositions purement formelles ont été exclues du B. G. B.

Nous verrons cependant, dans nos développements à suivre, que ce système n'a pas été complètement appliqué en ce qui concerne les présomptions. Cela se comprend facilement, si l'on se rappelle ce que nous avons

1. V. notamment Gény, *op. cit.*, qui constate que le législateur français n'a pas toujours suivi, ni même ordinairement, « un plan d'ensemble » (p. 303 et s.).

2. Tel est le cas de la présomption des « comourants » établie par le Code civil français. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. III, qui constatent en parlant des art. 720-722, qu'« on est arrivé à des résultats insuffisants et parfois absurdes » (p. 372). Aussi la jurisprudence est-elle en cette matière « peu cohérente et mal orientée » (v. *op. cit.*, p. 272-274).

dit nous-même souvent : la matière des présomptions ne constitue pas une règle de pure procédure, elle n'accorde pas seulement un droit au juge, mais aussi aux parties. Elle se transforme ainsi souvent en règle de fond ; aussi trouvons-nous, dans le Code civil allemand, un grand nombre de règles se rapportant aux présomptions.

Les auteurs sont unanimes à le reconnaître ¹ ; ils constatent cependant quelquefois que le B. G. B. ne contient plus de présomptions *jure*, mais seulement de simples procédés relatifs ou *juris tantum* ².

Quant aux présomptions qui ne sont pas établies par la loi, mais qui sont abandonnées à l'arbitraire du juge, on les considère comme de simples moyens de procédure ; elles ne se fondent pas « sur le droit matériel, mais sur les conclusions de l'expérience ³ ». Aussi, appartiennent-elles uniquement au droit de procédure.

Tel est le système du Code civil allemand ; il importe d'ajouter que la théorie générale de la présomption, consacrée par le Code civil français dans les articles 1349-1353, a été abandonnée au Code de procédure. Le législateur allemand consacre à cette matière les mêmes principes que ceux du Code français ⁴.

Il serait aisé de voir comment le B. G. B. a maintenu l'ancienne présomption établie en matière de meubles ⁵, comment, tout en abandonnant les règles établies par le Code civil français en matière de possession ⁶, il a assuré la protection possessoire à tout détenteur ⁷, enfin

1. V. notamment Kohler, *op. cit.*, qui constate qu'« aucune loi n'a pu se débarrasser des dispositions des présomptions. De même, dans le Code civil, nous trouvons abondamment de ces dispositions » (v. ex. cités, p. 364); Cromé, *op. cit.*, p. 563.

2. V. nombreux cas de telles présomptions cités par Cromé, *op. cit.*, p. 563, note 1.

3. Cromé, *op. cit.*, p. 564.

4. Art. 292 et 322-328 (se référant à la chose jugée); v. Scherer, *Code Napoléon et Code Guillaume II*, 1927, 2^e éd., p. 61; Gény, *op. cit.*, p. 301, note 1.

5. V. art. 932-936 B. G. B. qui maintiennent l'ancienne règle : « en fait de meubles, possession vaut titre ».

6. On sait, en effet, que le Code civil français, — imitant en cela le droit romain classique — exige outre le fait matériel de la détention, la *causa*, ou volonté de posséder.

7. V. art. 854-872 B. G. B.

comment il a substitué à l'ancienne présomption illôgique du comourant, un procédé beaucoup plus conforme à la réalité¹ ; mais cela nous conduirait trop loin, sans présenter un intérêt réel pour nos développements².

Il résulte de ce qui vient d'être dit que le législateur allemand, tout en renvoyant un grand nombre de présomptions au Code de procédure, contient encore beaucoup de dispositions en cette matière. On a, depuis longtemps, noté avec raison que le B. G. B. a su « rajeunir » ses procédés techniques « qu'il désigne par des expressions appropriées³ ».

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet des présomptions dans le Code civil allemand.

297. Si nous passions maintenant à l'étude du Code civil suisse, nous verrions ces mêmes procédés souvent employés, sinon, pas dans le Code civil lui-même⁴, du moins dans celui des Obligations⁵. Il en est de même pour le Code civil argentin ; celui-ci contient aussi un grand nombre de présomptions de fait et de droit⁶.

Procédé logique, artificiel, la présomption est destinée à suffire à l'insuffisance de notre esprit. A la multiplicité et à la confusion des phénomènes sociaux, elle substitue l'unité et la simplicité dans la loi. Elle dépasse ainsi son rôle de moyen de preuve pour devenir un procédé de technique législative aidant à la réalisation du droit.

Aussi l'avons-nous vu apparaître dans toutes les codifications modernes où la légitimité de son intervention est de plus en plus reconnue. Il n'en est plus de même

1. En établissant une présomption de mort au même moment. V. art. 20 B. G. B.

2. De même le B. G. B. ne contient pas de présomption en matière de viabilité de l'enfant. V. là-dessus Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, t. I, p. 93.

3. Gény, *La technique législative*, op. cit., p. 1026.

4. V. Index alphabétique, Code civil, Virgile Rossel, *Code civil suisse y compris le Code fédéral des Obligations*, 3^e éd., Lausanne. Nous n'y trouvons citées que deux sortes de présomptions : de légitimité (art. 552), de paternité (art. 314).

5. V. Index alphabétique du Code des Obligations, op. cit.

6. V. A. Colmo, *Técnica legislativa del Código civil argentino*, sec. éd., Buenos-Aires, 1927, p. 207.

pour un autre procédé présentant de nombreux points de contact avec la présomption, mais s'en distinguant cependant. Nous voulons parler de la fiction.

II. — *La fiction.*

298. Ce procédé technique présente de nombreuses analogies avec la présomption ; il conserve un caractère artificiel, logique. Il s'en sépare cependant en ce qu'il n'est pas fondé sur des probabilités, mais sur des suppositions, assimilations que le législateur reconnaît souvent contraires à la réalité. Il s'en sert cependant pour justifier des solutions nouvelles, plus équitables, qui ne cadrent pas avec les principes généraux du droit.

Nous tenons à rappeler ce que nous avons dit plus haut : on ne peut établir des limites trop précises entre ces procédés, car tout est une question de nuances, de degrés... C'est ainsi que nous avons vu les présomptions absolues se transformer quelquefois en de véritables fictions. Aussi avons-nous commencé notre étude avec les premières, pour passer ensuite aux secondes.

299. On a déjà souvent relevé l'importance du rôle de la fiction dans la formation et le développement du droit romain¹ ; esprits conservateurs par instinct, disposant d'un petit nombre de moyens techniques, les juristes romains ont employé le procédé de la fiction pour étendre le domaine du *jus civile* à de nouvelles formations juridiques plus équitables. Sous l'influence du droit prétorien et du droit étranger (surtout du droit grec), le préteur s'est vu obligé d'élargir l'application des formules qu'il accordait aux parties ; il y insérait

1. Ed. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, t. I, 1891, p. 734 ; Ihering, *L'esprit du droit romain*, t. IV, p. 234 ; G. Renard, *op. cit.*, p. 271. V. aussi p. 273 où l'auteur constate : « les actions fictives du préteur romain ont servi de véhicules entre le système rigide du *jus civile* et le système souple du droit impérial. Le progrès du droit s'opère par une sorte de mouvement alternatif : introduction du vin nouveau dans les vieilles outres en les rapiécant, et puis fabrication d'outres neuves ». V. aussi *ibid.*, p. 287-288 ; R. Demogue, *Notions fondamentales du droit*, 1911, p. 238-239 ; Gény, *Science et Technique*, t. III, p. 392, notes 2-3.

une clause par laquelle il autorisait le juge à statuer comme si une condition considérée jusqu'alors comme essentielle par le droit positif avait été accomplie.

La fiction constitue ainsi pour le prêteur un moyen d'équité, de développement de son droit, semblable à celui que nous avons déjà rencontré, lorsque nous avons parlé du caractère général des formules de la loi ; l'*in integrum restitutio* formait, en effet, avec les formules *bonae fidei*, des soupapes d'équité employées le plus souvent par le droit prétorien.

Il importe aussi d'ajouter que le procédé de la fiction n'intervient pas seulement dans le droit prétorien ; on a depuis assez longtemps relevé que ce procédé apparaît aussi dans le droit civil romain ¹.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la fiction dans le droit romain ; grâce à elle, l'ancien droit civil, restreint à l'étendue d'une cité, devait s'élargir et étendre son domaine à des « fonds provinciaux » et à des personnes non régies originellement par la loi romaine.

Il serait sans doute très intéressant d'étudier les différentes phases de ce développement ; nous ne le ferons cependant pas, car cela nous conduirait trop loin. Qu'il nous suffise de dire que le procédé de la fiction a été un moyen naturel et logique de développement du droit romain, employé par une législation insuffisante à suffire aux transformations politiques et sociales ; il a ainsi ouvert « un horizon nouveau à la jurisprudence romaine ² ».

Il importe, d'ailleurs, d'ajouter que ce procédé technique ne fut pas spécial au droit romain ; on le rencontre dans toutes les autres législations, dans le droit german ³, dans les lois anglaises ⁴. Il est une forme logique du développement du droit ; il supplée à l'insuffisance

1. V. C. Maynz, *Cours de Droit romain*, Bruxelles, 1891, n° 138.

2. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, t. I, 1891, p. 734.

3. Henri Dumeril, Les fictions juridiques, *Revue génér. du Droit*, 1882, p. 450.

4. V. Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son évolution*, Meulenaere, t. IV, 1888, p. 295.

de l'esprit juridique et à son manque de moyens¹. Ce rôle historique de la fiction a été depuis toujours reconnu.

On a souvent essayé de lui opposer le rôle plutôt théorique qu'elle est appelée à jouer aujourd'hui ; on a soutenu qu'elle constituait « une dérogation aux principes du droit positif », alors qu'à Rome elle était « une extension naturelle et logique du *jus civile* ». On a même ajouté que la fiction « n'a plus pour but de rattacher au droit antérieur une règle de droit nouvelle, elle ne tend qu'à faciliter une conception juridique² ».

Est-ce bien vrai ? Y a-t-il vraiment une différence foncière entre les deux rôles de ce procédé ? C'est ce que nous nous proposons de dire maintenant, en parlant de la nature de la fiction et des matières où elle intervient.

300. Nous avons vu que la fiction était un procédé logique, artificiel, par lequel le législateur essayait de rattacher à la construction générale du droit une institution nouvelle, qui normalement ne lui appartient pas.

Afin de mieux comprendre les traits communs de cette institution, nous nous proposons de l'étudier en rapport des différents procédés dont elle se rapproche, tels que la présomption, l'assimilation, le renvoi. Il ne restera plus, par la suite, que de tirer quelques conséquences pour notre conclusion.

1. « Qui fut de tous les temps et qui est de tous les lieux ». Guyot, L'idée de fiction, *Rev. génér. du Droit*, 1908, p. 421 : l'auteur voit cependant « une tendance indiscutable de l'esprit moderne à abandonner l'idée de fiction » (p. 419-421). Nous ne sommes pas du tout d'accord quant à cette dernière opinion : la fiction ne nous paraît pas être « un simple expédient, utile au moment de la lutte de l'équité contre le formalisme », mais bien plutôt un besoin nécessaire de l'esprit. Ce n'est qu'ainsi qu'on peut expliquer le grand nombre de fictions existant dans notre droit moderne. V. Gény, *Science et technique*, t. III, p. 361-362, 363-364. V. aussi Gény, p. 365, où l'auteur déclare que la fiction « ne constitue pas un procédé exceptionnel et quelque peu anormal d'élaboration du droit », mais « fait partie des opérations les plus courantes de notre esprit ». V. aussi *op. cit.*, p. 398-399, où il constate que « l'usage des fictions... tient à l'infirmité de notre esprit » en vue de la formation de concepts nouveaux... et il conclut : « en attendant, et pour longtemps encore sans doute, la fiction de droit demeure un instrument indispensable de notre esprit » (p. 414).

2. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, thèse Nancy 1913, p. 37.

a) Loin d'être fondée sur des probabilités comme la présomption, la fiction constitue un moyen « inventé » par notre esprit pour préciser et unifier la complexité des phénomènes de la vie¹. Aussi, depuis toujours, ces deux notions ont été séparées². Nous avons vu cependant qu'il y avait quelquefois des difficultés à les distinguer : cela, tant à cause des points de connexion qui existent entre eux, que des formules semblables qui les expriment³. Elles remplissent quelquefois le même rôle, d'empêcher la fraude à la loi⁴.

Le caractère de fausseté de la fiction est souvent des plus relatifs, puisqu'elle est conforme aux besoins réels de la vie ; la fausseté n'existe dès lors plus que par rapport au système logique qui domine. On a dit avec raison qu'elle constitue « une composition entre la logique et le bon sens⁵ ».

Quant à la présomption, elle correspond certes le plus souvent à des probabilités ; nous avons cependant vu qu'il arrive quelquefois que le caractère fictif domine. C'est le cas des présomptions absolues établies par la loi en vue d'un intérêt d'ordre public. La généralisation est dès lors souvent contraire à la réalité ; le procédé employé par le législateur perd de son caractère réel, pour acquérir une nature fictive affirmée.

1. Cela résulte aussi de son étymologie. V. pour le droit français, Lecoq, *De la fiction comme procédé juridique*, thèse Paris, 1914, p. 20-21, p. 24 ; v. pour le droit allemand Stammler, qui constate que fiction veut dire « erdichtung », inventé, p. 330.

2. V. Lecoq, *op. cit.*, p. 28.

3. Aussi connaît-on les nombreuses controverses qui ont existé dans la doctrine sur la question de savoir si pour le cas de l'incapacité du mineur ou de l'interdit, on se trouvait en présence d'une fiction ou d'une présomption. V. Demolombe, *Traité*, t. XXX, p. 235, cité Aron, *op. cit.*, p. 168.

4. V. cas de l'art. 918 C. C. F., cité par G. Renard, *Le Droit, la Logique et le Bon sens*, conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit, 2^e série, 1925, p. 266 : en parlant de cette fonction de la f., l'auteur ajoute : « elle tend à faire ressortir la réalité d'une situation, en neutralisant un artifice qui la dissimule. C'est sa fonction et en même temps le principe de sa légitimité » (p. 266).

5. G. Renard, *op. cit.*, p. 271 ; v. aussi H. Dumeril, *op. cit.*, p. 457 ; v. aussi R. Demogue, *op. cit.*, p. 243. Répondant à ceux qui soutiennent que la fiction exprime un fait contraire à la notion des choses, l'auteur déclare : « On n'entend évidemment par là, ni que la fiction exprime une chose contraire aux lois physiques, ni même aux lois sociales et morales. On veut dire seulement que la fiction est en opposition avec les règles techniques habituellement reçues » ; Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, thèse Nancy, 1913, p. 97, p. 100 ; v. Géný, *Science et technique*, t. III.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet des rapports de la présomption et de la fiction ; il en résulte que nous nous trouvons en présence d'un même procédé législatif. Ce qui distingue normalement la fiction, c'est son caractère d'« inventé », d'« artificiel ». Aussi, alors que la présomption sert surtout de moyen de preuve, le rôle de la fiction est d'aider à l'évolution du droit. Nous avons vu que dans cette fonction, elle tend souvent à des assimilations d'une situation nouvelle à une situation ancienne ; elle y arrive soit en ajoutant, soit en retranchant des conditions nécessaires jusqu'alors. C'est ainsi qu'en matière de représentation successorale, le législateur civil suppose que les conditions nécessaires sont accomplies pour « faire entrer les représentants dans la place, dans le degré ... du représenté ». Il en est de même lorsqu'on considère la société comme une personne fictive ; il y a ici encore assimilation entre ces deux institutions, de la personnalité fictive et naturelle.

b) On a cependant quelquefois soutenu que, quoiqu'elle contienne une assimilation, la fiction doit être distinguée de l'assimilation proprement dite. Elle constitue, en effet, une déformation de l'institution nouvelle pour la faire entrer dans l'ancienne ; « au lieu d'élargir la règle du droit, de manière à lui faire embrasser le rapport auquel il doit être étendu, c'est ce rapport, au contraire, qui est de force inséré dans la règle ¹ ».

On perçoit dès lors les caractères de la fiction : elle n'est pas seulement un moyen artificiel aidant à l'évolution du droit ; elle continue aujourd'hui à suppléer à l'insuffisance des moyens techniques et au caractère conservateur du droit. Tout en déformant et en faisant entrer de force les institutions nouvelles dans le système ancien, la fiction produit des brèches qui aident à l'évolution du droit. Mais par les assimilations qu'elle pro-

1. Ihering, *op. cit.*, t. IV, p. 296 : « La pensée juridique doit se le figurer sous une autre forme que sa forme propre. L'exclusion réelle que reçoit la règle reste secrète et voilée » ; Unger, *op. cit.*, p. 166, cité par Lecocq, *op. cit.*, p. 231 ; v. critique de cette idée chez Lecocq, p. 231 ; v. aussi même sens, L. Michoud, *op. cit.*, p. 16-17.

duit, « elle empêche les théories existantes d'éclater sous le choc des événements ¹ » ; elle constitue ainsi une véritable « soupape de sûreté ² ».

Moyen d'évolution et moyen de conservation de la loi, telle est la double nature de la fiction ; elle satisfait ainsi en même temps aux deux principes de base de toute technique législative : celui de la sécurité et celui de l'adaptabilité de la loi à la vie.

Si nous ajoutons à cela que la fiction intervient dans la loi pour faciliter la compréhension de l'esprit, pour éviter, par les assimilations qu'elle établit, la description de toute une institution nouvelle, on comprendra toute l'importance de ce procédé ³.

c) Ce dernier caractère explique qu'on l'ait quelquefois rapproché du renvoi dont elle se distingue complètement ⁴.

Tels sont les différents caractères que la fiction conserve encore aujourd'hui : elle n'est plus seulement un moyen d'évolution du droit, mais aussi et surtout un procédé destiné à exposer d'une façon brève et commode une institution juridique nouvelle. On a quelquefois réduit la fiction à ce seul rôle en soutenant, comme nous l'avons déjà dit, que la fiction perd désormais son rôle d'évolution du droit, pour ne conserver que celui d'exposé ⁵ facilitant une compréhension juridique nouvelle.

Quelle que soit la valeur de ceux qui l'ont soutenue, nous ne pouvons admettre la théorie classique ⁶ ; nous croyons, en effet, que la fiction continue d'accomplir un

1. G. Renard, *op. cit.*, p. 271.

2. G. Renard, *op. cit.*, p. 271.

3. V. H. Dumeril, *op. cit.*, p. 457 ; v. aussi R. Demogue, *op. cit.*, qui reconnaît à la fiction non seulement une fonction théorique mais aussi un rôle dynamique (p. 243).

4. V. Ihering, *op. cit.*, t. IV, p. 237 ; Crome, *op. cit.*, p. 108, qui tout en rapprochant le procédé du renvoi de celui de la fiction reconnaît que le procédé est autre ; v. aussi quant au rapprochement entre ces deux procédés, Stammler, *op. cit.*, p. 333.

5. V. Ihering, *op. cit.*, t. IV, p. 298, qui distingue la fiction historique et la fiction dogmatique et réduit le rôle de ce procédé à sa fonction dogmatique ; v. aussi même sens Kohler, *Gesammelte Abhandlungen. Zwei Studium über...*, p. 367-368 cité par Lecocq, *op. cit.*, p. 238 et s.

6. Pour le droit germanique, nous trouvons les noms des maîtres les plus illustres tels que Ihering, Unger, Kohler.

double rôle : elle assure non seulement la compréhension du droit, mais encore sa facilité d'évolution. Elle est, en effet, appelée à servir de « soupape d'équité » pour un grand nombre d'institutions juridiques nouvelles, admises par le droit ¹.

Nous verrons par la suite, dans la sous-section qui suivra, quelle est la légitimité de ce procédé ; nous nous contentons d'énoncer ici cette fonction si importante de la fiction.

Avant d'aller plus loin, nous tenons à indiquer un autre caractère de la fiction, qui est la conséquence de sa nature de procédé logique, artificiel. Il a été dit, en effet, que le propre de la fiction est d'être un « moyen inventé » par le législateur ; aussi, comprenons-nous qu'elle offre à la science du droit un domaine d'interprétation étroit ². On conçoit dès lors les dangers qui peuvent en résulter et les nombreuses difficultés et discussions auxquelles la fiction donne lieu. Elles le sont d'autant plus que le caractère fictif des différentes institutions n'est pas toujours établi d'une façon précise : tel est le cas de la subrogation réelle, où la doctrine a pendant longtemps contesté le développement équitable de cette institution par voie jurisprudentielle.

Il semble qu'il y ait ici une certaine contradiction, qui résulte de la non-compréhension suffisante de la nature de la fiction. Certes, la fiction n'est souvent qu'un « mensonge », qu'un procédé « inventé » par le législateur pour concilier la technique ancienne et le droit nouveau ; elle peut ralentir par là le développement de la

1. V. même sens G. Renard, *op. cit.*, qui rapproche le procédé d'évolution de la fiction moderne à celle qu'elle exerçait dans le droit romain, p. 271 ; v. aussi Crome, *op. cit.*, p. 108.

2. Le danger consiste à lui donner une valeur réelle propre. V. là-dessus notamment G. Renard qui, tout en reconnaissant l'importance de la fiction dans l'évolution du droit y relève aussi un danger : « La fiction perd toute valeur dès qu'on veut en tirer des solutions nouvelles, ou du moins cette extension n'est-elle acceptable qu'à la condition d'y mettre la plus extrême prudence et de ne jamais perdre de vue la réalité » (p. 275) ; v. aussi H. Dumeril, *op. cit.*, p. 452. V. enfin Lecocq, *op. cit.*, et surtout les indications bibliographiques données par l'auteur, p. 247 ; E. Mallieux, *L'exégèse des Codes et la nature du raisonnement juridique*, 1908, p. 161-162 ; v. cependant opinion contraire de R. Demogue, *op. cit.*, p. 247.

science juridique. Mais cela est le propre de tous les procédés techniques employés par la loi, tels que la définition, l'abstraction, etc...¹.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet de la nature de la fiction : procédé artificiel, elle limite le domaine de l'interprétation juridique ; comme tous les procédés techniques, elle est de droit étroit. Elle offre quelquefois par là des dangers et donne souvent lieu à des discussions. Par l'exposé bref et simple qu'elle offre, elle facilite la compréhension et surtout aide au développement du droit².

Ce procédé a une nature et des caractères si divers qu'il a été l'objet de nombreuses critiques ; on lui a même contesté toute légitimité dans le droit moderne. C'est ce que nous verrons maintenant en parlant de la légitimité de ce procédé dans la législation et dans la science du droit.

301. La légitimité de la fiction a été souvent contestée aujourd'hui ; on soutient en effet communément que la fiction, qui a eu un rôle très important dans le développement historique du droit, a perdu toute valeur pour notre époque. Cela d'abord par rapport au législateur.

a) En effet, si le préteur romain avait besoin de feindre lorsqu'il établissait des règles nouvelles, il n'en est plus de même pour le législateur moderne. Celui-ci n'a plus besoin de créer des fictions, il ordonne ; il doit donner à ses dispositions le caractère de règles impératives³. Elles seules sont en état d'exprimer d'une façon

1. Nous avons déjà souvent vu, nous le verrons à nouveau, comment ces procédés ne peuvent suffire à la mobilité de la vie et arrivent souvent à rendre le texte inutile ou même nuisible. Il en est à plus forte raison ainsi pour le procédé de la fiction, à cause des pouvoirs étroits qu'elle accorde par sa nature même à l'interprétation juridique. Elle conserve néanmoins même dans la loi son pouvoir d'adaptation et d'évolution ; elle confère en effet aux idées nouvelles que consacre le législateur, un cachet logique qui en facilite la pénétrabilité et aide par là au caractère pratique de la loi. Aussi, ce qu'on peut surtout craindre en cette matière, c'est l'abus de la fiction et non pas le procédé lui-même ; v. cependant Demogue, *op. cit.*, p. 248.

2. Nous croyons qu'elle conserve cette fonction même à une époque de développement avancé du droit. V. même sens Ihering, *op. cit.*, t. IV, p. 295-296. V. sens contraire, Renard, *op. cit.*, p. 290.

3. Ambroise Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 92 ; Planiol, *op. cit.*, t. III, p. 359 ; Kohler, *op. cit.*, p. 366 ; G. Renard, *op. cit.*, qui, tout en reconnaissant l'utilité de la fiction dans le droit moderne, lui conteste toute

suffisante sa volonté. Il doit d'autant plus le faire que la fiction est un faux-fuyant, contraire à la réalité. Or, la loi a un caractère essentiellement pratique ; elle doit conserver son caractère positif conforme à la vie. En y introduisant des éléments artificiels contraires à cette réalité, on arrive non seulement à la dénaturer, mais on fait de la loi un organe illogique, arbitraire, sans rapports avec la vie, n'ayant pas sa raison d'être.

Aussi, l'unanimité des auteurs demandent-ils d'exclure la fiction de la loi ; tout au plus l'admettent-ils comme moyen de comparaison, d'assimilation. Même dans ce cas, ils demandent que la loi ne l'emploie que d'une façon modérée et pour ainsi dire inconsciente ¹.

b) Ce procédé présente encore de l'intérêt pour la doctrine, en ce qu'il permet « de maintenir l'harmonie de toute la construction juridique ² » ; elle n'en offre aucun pour le législateur, car, « aussitôt que les idées nouvelles sont introduites dans le commerce juridique, elles acquièrent une existence certaine. C'est l'affaire de la science de s'occuper d'elles avec une vigueur toute particulière... ³ »

Il faut ajouter que même en ce qui concerne l'importance de la fiction dans la doctrine, les auteurs ne sont pas d'accord : la plupart soutiennent, comme nous

valeur légale : « la loi n'a pas besoin de feindre pour commander », aussi « lorsqu'elle en use, c'est un mauvais signe ; quand le législateur feint, c'est la plupart du temps pour faire un mauvais coup, les fictions législatives servent habituellement à masquer une injustice : ainsi la loi dite interprétative est généralement une violation du droit acquis... » (p. 288-290).

1. R. Demogue, *Notions fondamentales du droit*, 1911, p. 248 ; v. aussi Lecocq, *op. cit.*, qui constate : « il n'est... point dans les caractères de la fiction d'être légale. Cela se conçoit : comparaison, elle naît de l'effort fait en doctrine, dans l'enseignement, pour expliquer par rapprochement les institutions ; quand elle a par hasard en la loi même son origine, elle ne prend vie en tant que fiction que lorsque la doctrine la consacre telle » (p. 248). V. aussi *id.*, p. 254-255.

2. Unger, *System des Osten Privatrecht*, t. I, p. 314, et *Kritische Uberschau*, VI, 166, qui déclare : « Le droit fait des fictions pour ne pas accepter des notions en contradiction avec ses règles fondamentales et qui apparaîtraient comme des anomalies indisciplinées ; par ce moyen, le droit courbe le fait sous sa règle au lieu de se courber sous les faits », cité d'après L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2^e éd., 1924, p. 17, note 1 ; v. aussi L. Michoud, *op. cit.*, p. 12-13 ; G. Renard, *op. cit.*, p. 271 ; Demogue, *op. cit.*, p. 246.

3. Kohler, *Gesammelte Abhandlungen*, p. 367-368, cité par Lecocq, *op. cit.*, p. 230.

l'avons déjà dit, que le procédé de la fiction doit servir simplement à expliquer, à faciliter la compréhension des institutions juridiques nouvelles ; aussi, si on continue à la considérer comme un facteur de formation du droit, comme un élément de développement des principes juridiques, on s'engage sur le chemin d'erreurs dangereuses.

Telles sont les nombreuses critiques émises à l'encontre du procédé législatif qu'est la fiction. Nous nous proposons de les étudier dans les développements qui suivront. Afin d'en faciliter l'exposé, nous les étudierons d'abord par rapport aux fictions légales, puis quant à celles de la doctrine.

a') Le législateur n'a certes plus aujourd'hui à ruser avec la vie juridique ; il a le droit de consacrer, dans ses formules positives, toutes les institutions juridiques nouvelles ; il le fait suivant qu'il les juge bonnes ou mauvaises. On ne perçoit pas dès lors à quoi lui servirait d'employer la forme fictive, puisque seule l'impérative offre à la vie juridique une précision suffisante.

Il y a, sans doute, là, beaucoup de vérité ; en principe, nous l'avons dit nous-même, la fiction risque de fausser la réalité. De plus, le législateur commande ou défend, la doctrine enseigne. Mais il ne faut cependant pas oublier que le ton des formules légales n'est pas toujours le même, qu'à côté d'un certain nombre de règles impératives, tout Code contient de nombreuses formules destinées à décrire, à tracer les cadres de l'activité juridique. Or, ces formules ont la plupart d'entre elles un caractère artificiel, apparent ; leur ton est souvent celui d'enseignement. Le procédé de la fiction ne se distingue pas toujours d'une façon précise des autres.

Quant au fond de ce procédé, il ne faut certes pas oublier que tout abus en cette matière, de la part du législateur, peut donner lieu à de grands dangers. La fiction est, en effet, une création artificielle de l'esprit, souvent contraire à la réalité ; c'est une assimilation que le législateur établit et qui n'est vraie que par cer-

taïns côtés¹. Aussi, la présence dans la loi d'un grand nombre de ces procédés risque d'en fausser le sens, qui doit toujours continuer à être profondément pratique. L'assimilation du législateur n'étant que partielle, il ne faut pas lui conférer un caractère absolu. C'est ce qu'a compris depuis longtemps la jurisprudence française, en limitant l'effet déclaratif du partage par exemple².

Ainsi limitée, la fiction présente même pour le législateur des avantages. Quel que soit le caractère pratique de la loi, le législateur doit souvent donner une forme logique à une règle imposée par la vie et par l'équité ; comment pourrait-il y arriver sans le moyen de la fiction³ ? Grâce à elle, « l'apparence de la logique remplace la logique même⁴ ». Cette fonction logique du procédé fictif se rencontre souvent dans nos Codes : cela, non seulement en matière d'interdiction de l'aliéné, mais aussi pour l'effet déclaratif du partage, etc...⁵

Aussi ne comprenons-nous pas que de très distingués civilistes, qui admettent cette fonction de la fiction⁶, demandent cependant que le législateur n'emploie pas en l'appliquant une formule expresse⁷ ; nous croyons au contraire que cet emploi est nécessaire pour attirer l'attention des parties, que l'assimilation établie n'est valable que par certains côtés⁸. Loin de craindre que la règle ainsi posée ne dévie vers « la logique mathématique⁸ », nous estimons au contraire qu'une telle for-

1. De là, des difficultés et controverses qui peuvent apparaître au sujet de l'extension et même de la nature de la règle établie. V. Baudry-Lacantinerie, *Traité de droit civil, Contrats et obligations*, t. XII, 1907, p. 618, n° 1518 ; v. aussi Henry, *op. cit.*, p. 72.

2. V. Ambroise Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 511 et s. La fiction, comme tout procédé technique n'a en effet d'autre valeur que celle qui résulte du but qu'elle est appelée à satisfaire.

3. V. R. Demogue, *op. cit.*, p. 239.

4. Mestre, *Responsabilité pénale des personnes morales*, p. 14, cité R. Demogue, *Notions fondamentales du droit*, 1911, p. 240.

5. V. notamment R. Demogue, *op. cit.*, p. 249.

6. L'auteur insiste surtout sur les avantages psychologiques qu'entraîne l'absence d'une telle formule : il craint que l'image qu'évoque le terme fiction, n'empêche de saisir assez vite la raison de la règle pratique (p. 249).

7. V. même sens, J. Ray, *op. cit.*, p. 173-174.

8. V. R. Demogue, *op. cit.*, p. 249.

mule arrive à en faciliter l'application¹. Il nous semble, d'ailleurs, que la tendance de la jurisprudence, en matière de l'effet déclaratif du partage, est dans ce sens.

Il résulte, de ce qui vient d'être dit, que la fiction doit être admise par le législateur ; la vie a en effet besoin, pour s'affirmer dans le Code, de formes souvent différentes. Le caractère apparent, artificiel, n'est pas le propre des formules fictives, mais de toutes celles employées par le législateur. Ce procédé paraît, de plus, souvent nécessaire pour donner une forme logique aux nombreuses solutions pratiques de la vie. Le législateur arrive ainsi à donner un cadre simple et précis aux besoins imposés par les faits ; il confère plus de sécurité à la pratique et en augmente la compréhension. En recouvrant d'une forme unique les règles résultant des besoins de la vie, il en facilite le développement ; par là, la fiction nous apparaît comme une « soupape d'équité » permettant l'intégration dans la loi de notions nouvelles, n'ayant pas encore reçu un degré suffisant de développement.

Certes, il n'appartient pas à la loi de maintenir l'unité de système entre les notions anciennes et les notions nouvelles ; il suffit qu'elle les consacre et qu'elle abandonne ensuite à la science la recherche des principes communs. Mais on comprend facilement qu'une certaine unité doit exister entre les différentes règles poursuivant un même but ; la fiction par les assimilations qu'elle crée arrive à l'établir.

Elle constitue sans doute un « faux-fuyant » par rapport à la technique habituelle, mais le législateur n'a pas à s'en occuper ; tout ce qu'on peut lui demander, c'est que ses règles aient un caractère pratique ; or, la fiction, en facilitant leur compréhension, y aidera souvent pour beaucoup.

1. V. aussi Bierling, *op. cit.*, t. I, 1894, qui constate : « les essais d'éviter les fictions traditionnelles conduisent presque régulièrement à des fictions inconscientes et d'autant plus nuisibles » (p. 450). Aussi « étant donné que bien des juristes se trompent en ce qui concerne la possibilité d'éviter tout à fait la fiction, une désignation précise des règles fictives comme telles est à recommander » (p. 445, note 9).

Il ne faut cependant pas oublier que la fiction est un moyen technique, constructif. Aussi, le législateur ne devra l'admettre que dans la mesure où elle augmente la compréhension de la loi ; il doit éviter les constructions qui ne pourraient qu'empêcher l'évolution de son texte. Il ne faut pas, en effet, qu'il oublie que la fiction est un procédé de transition ; elle est comme telle souvent dépassée par la vie qui transforme le fictif en réel, l'apparent en vérité. La formule fictive, expressément affirmée dans le texte légal, ne pourrait dès lors qu'encombrer l'interprétation jurisprudentielle par les pouvoirs étroits qu'elle lui accorde.

Il faut aussi se rappeler que la clarté et la précision exigent l'emploi de la formule directe ; nous l'avons déjà dit lorsque nous avons parlé des renvois. Or, la forme fictive, par les assimilations qu'elle établit, par l'emploi du système par analogie, remplace la forme directe par celle indirecte ; elle arrive par là souvent à alourdir le texte et à diminuer sa clarté ¹.

b') On comprend facilement, après tout ce qui a été déjà dit, que la fiction est encore appelée à jouer un grand rôle dans la science juridique moderne. Procédé logique d'unification et de classification du droit, la fiction acquiert, en matière de doctrine, une importance beaucoup plus grande qu'en matière de législation ². Aussi, ne comprend-on plus aujourd'hui qu'on ait pu soutenir pendant longtemps ³ qu'il n'y a pas de fiction

1. V. Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, op. cit., qui constate que cette forme directe « manque de souplesse », elle conduit « presque toujours à des erreurs et des défauts dans la pratique ». L'auteur cite un grand nombre de contestations qui y sont nées [V. p. 365] ; et il conclut : « une telle manière d'expression donne quelque chose de non-naturel à la loi. On a l'impression d'avoir à faire à une disposition tout à fait compliquée, contraire à la raison alors qu'il ne s'agit que d'une règle tout à fait simple » (p. 366) ; v. aussi Gallet, op. cit., qui déclare que le procédé enlève aux dispositions législatives « la précision et la clarté », qu'il rend dès lors « les textes ambigus et la pensée de leurs rédacteurs quelque peu indéchiffrable » (p. 140).

2. Certains auteurs ne lui reconnaissent de légitimité qu'en cette matière, G. Renard, op. cit., p. 289-290.

3. V. cependant Stammler, op. cit., p. 330-333, qui s'élève contre cette distinction et relève l'importance du procédé de la fiction. V. notamment Laurent, Lettre au ministre de la Justice, Projet de Code civil, qui constate à l'occasion du régime des personnes morales consacré par le premier livre : « toute fiction ne peut procéder que de la loi qui la crée dans un intérêt so-

sans texte et que, seul, le législateur peut en établir.

Une telle étude nécessiterait de nombreux développements ; nous n'essayerons pas de l'entreprendre ici, car elle ne pourrait être réduite à quelques lignes. Elle serait d'ailleurs en dehors de notre sujet, qui ne se réfère qu'aux procédés de technique législative proprement dit. Ce que, seul, nous nous proposons de faire ici, c'est d'indiquer, d'une façon tout à fait superficielle, ce que nous pensons au sujet des critiques énoncées.

Comme tout procédé technique, la fiction a un caractère construit, inventé ; elle offre à ce point de vue une nature plus apparente que les autres, en ce que, par les assimilations qu'elle établit, elle dénature la technique existante. Elle fait par là entrer les idées nouvelles dans le droit ancien ; elle établit l'unité de système entre elles¹. Elle continue par là l'œuvre du prêteur et des jurisconsultes romains ; dans l'accomplissement de ce travail, elle emploie presque les mêmes procédés.

Nous n'ignorons certes pas que la doctrine classique distingue entre le rôle scientifique (doctrinaire) et la fonction historique de la fiction ; mais il ne nous semble pas qu'il y ait de grandes différences entre les deux systèmes. En effet, lorsque la doctrine moderne emploie le procédé de la fiction et qu'elle établit ses assimilations, elle ne fait pas autre chose que de faire entrer les institutions juridiques nouvelles dans les institutions juridiques anciennes, en écartant certains éléments qui empêchaient cette assimilation. Il en a été ainsi, par exemple, lorsque la doctrine a étendu les règles des personnes naturelles aux sociétés.

cial » (p. IX) ; v. aussi Laurent, *Traité*, t. IV, n° 253 ; v. aussi bibliographie de tels auteurs cités par Génv, *op. cit.*, p. 420, notes 2 et 3 : l'auteur s'élève contre la « singularité étrange d'un système qui prétend monopoliser dans la sphère législative l'emploi de notre procédé. En effet, la fiction par laquelle nous nous représentons les choses autrement qu'elles ne sont, n'est elle-même qu'un jeu d'esprit, qu'une variété de concept. Or les concepts sont manifestement indispensables, dans tout le domaine de la mise en œuvre du droit positif » (p. 402). V. aussi note 8 et p. 423.

1. Crome, *op. cit.*, p. 108 ; G. Renard, *op. cit.*, p. 271 ; L. Michoud, *op. cit.*, p. 16-17.

En droit moderne comme en droit romain, la fiction aide à la transformation de situations apparentes en situations réelles ; dans les deux cas, elle est destinée à donner une forme logique aux règles imposées par les nécessités de la vie, de les classer en une catégorie juridique déterminée.

Cela dit, il importe de constater l'importance de la fiction comme procédé de technique juridique, puisqu'elle aide au classement et à l'assimilation logique des différentes notions de droit. Moyen de construction de théories nouvelles, elle n'a qu'une valeur purement pratique ; aussi doit-elle être modifiée suivant les besoins de la vie.

Ainsi restreinte, la fiction ne sert pas seulement de moyens de transition ; elle facilite la compréhension du droit et la tendance vers l'unité. L'abus qui en résulte apparaît ici comme en tout autre procédé de technique juridique ; il provient de la non-compréhension de leur but. Nous avons vu, en effet, souvent, au cours de nos développements, que les procédés techniques n'ont pas de valeur par eux-mêmes, mais seulement par le but qu'ils sont appelés à atteindre. Le danger consiste donc à leur conférer une valeur propre ; on risque ainsi de leur accorder une importance tout autre que celle qu'ils ont en réalité ; la fiction, par exemple, tend alors « à déborder de son cadre et à produire des conséquences tout à fait discordantes du but qui la justifie ¹ ».

Tel est ce que nous avons à dire au sujet du rôle de la fiction dans la doctrine et dans la législation. Il en résulte que la légitimité de cette institution continue à subsister ; procédé technique aidant au développement du droit, « elle répond à la nécessité de donner une forme logique à l'ensemble des règles imposées par la vie ² ». Elle facilite l'unification entre le droit ancien et les notions nouvelles ; elle sert par là de « clause de

1. Gény, *Science et technique*, t. III, 1925, p. 416, note 1-4, p. 417 ; I e-cocq, *op. cit.*, p. 265.

2. V. R. Demogue, *op. cit.*, p. 239 et s. ; Henry, *op. cit.*, p. 97.

sûreté », en ce qu'elle évite la destruction des anciennes doctrines sous le choc des idées nouvelles. Cette fonction, elle l'exerce surtout en matière de doctrine. Le législateur doit se limiter en effet, en principe, à conférer à son travail un caractère nettement pratique ; ses formules doivent avoir un caractère nettement positif, leur ton doit être celui de commandement. Si cela est vrai en principe, nous avons vu cependant qu'à côté des formules de caractère impératif, nos lois contiennent un grand nombre de dispositions ayant une nature différente ; parmi celles-ci, se trouvent les formules fictives. Celles-ci ont surtout un rôle d'assimilation, d'exposé ; elles aident aussi souvent au développement du droit en donnant une forme logique aux règles imposées par la vie.

Les dangers auxquels elles peuvent donner lieu résultent de l'importance trop grande qu'on leur accorde, de la trop large interprétation dont elles peuvent être l'objet. Ces dangers se manifestent surtout dans la loi, ils apparaissent aussi souvent dans la doctrine ; c'est ce qui explique les nombreuses critiques dont elles sont l'objet¹.

¹ On ne peut cependant pas exclure les fictions, puisqu'elles répondent à un besoin de notre esprit et sont appelées à suffire à son insuffisance. Tout ce qu'on peut demander, c'est de ne pas en abuser ni d'en étendre la portée d'une façon démesurée. Il ne faut jamais oublier que les fictions sont des constructions de l'esprit, desti-

1.V. Génv, *Science et technique*, t. III, les nombreuses discussions qui ont existé au sujet de sa légitimité, p. 393, note 3 ; p. 394-395-396, note 3 ; Renard, *op. cit.*, p. 267, en reconnaît lui-même les dangers ; v. surtout Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, p. III et s. L'auteur critique ce procédé qui contribue à donner à la pensée des juristes quelque chose « de tortueux, de factice et de faux ». La raison doit être cherchée dans la confusion établie entre « la systématisation purement logique du droit avec sa justification rationnelle. C'est qu'on prend en un mot « l'appareil logique de la science pour de la science même » (H. Bergson, *Introduction à la métaphysique, Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 23) (p. 117 et note 2). L'auteur conclut en accusant la fiction d'établir une véritable discordance entre les constructions juridiques et la vie, V. p. 117-118. V. aussi Lecocq, *op. cit.*, p. 265.

nées à le servir, à lui faciliter la compréhension du droit et non pas à la lui obscurcir.

Il importe d'ailleurs d'ajouter que cette tendance d'augmenter démesurément le domaine de la fiction, d'en faire un moyen illogique et arbitraire, existe depuis toujours ; le droit romain en a souffert lui-même quelquefois. Les critiques de la littérature de l'époque de Cicéron en gardant la trace¹ ; cela n'a pas empêché le procédé de la fiction d'aider pour beaucoup au développement de la vie juridique. Les abus qui résultent de l'emploi d'une institution ne peuvent en détruire le bien-fondé, surtout lorsque ce bien-fondé trouve sa raison d'être dans le besoin et l'insuffisance de notre esprit.

Le caractère conservateur du droit s'est affirmé à Rome ; il existe encore aujourd'hui ; il apparaît certes sous une forme nouvelle, plus large, plus rationnelle que la forme ancienne. Il répond cependant toujours au besoin de sécurité. La vie avance par sauts..., le droit ne peut qu'évoluer beaucoup plus lentement. Aussi, la fiction apparaît-elle nécessaire pour empêcher des changements trop brusques de s'accomplir et éviter les discordances qui pourraient en résulter. Aussi a-t-on comparé avec raison la tendance de notre esprit de s'exprimer par fiction avec celle presque similaire de s'exprimer par métaphores² ; et l'une et l'autre aident l'admission de notions nouvelles par l'emploi de moyens anciens.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet de la légitimité du rôle de la fiction dans la science et dans la législation.

Il ne nous reste plus que quelques développements au sujet du rôle de la fiction dans le Code civil français et dans le Code civil allemand.

302. Code civil français. — Il a été déjà suffisamment dit sur l'importance de la fiction dans le Code civil fran-

1. Cic., Pro Mur..., 12 ; v. aussi E. Cuv., *op. cit.*, p. 724.

2. V. Génv, *op. cit.*, p. 397, p. 416, note 2 ; Lecocq, *op. cit.*, p. 265.

çais ; aussi, ne lui consacrerons-nous à nouveau que quelques développements.

Le codificateur de 1804 place dans son travail un grand nombre de formules à caractère fictif exprès ; de plus, de nombreuses institutions basées sur la fiction existent dans le Code. Ce double caractère s'explique par l'importance qu'avait acquis ce procédé dans l'ancien droit. Nous avons vu, en effet, comment depuis assez longtemps, la doctrine distinguait la fiction de la présomption ; alors qu'elle accordait un caractère de probabilité à la seconde, elle individualisait la première « par la fausseté du fait que la fiction établit ¹ ». Il semble cependant que le sens de cette notion s'était quelquefois modifié à la fin de l'ancien droit ; nous trouvons en effet chez les rédacteurs du Code civil l'idée que « la fiction pour la loi est la vérité ² ».

Cette façon de voir nous paraît de beaucoup supérieure à la première ; le caractère de fausseté de la fiction existe par rapport à la technique juridique seule, et non par rapport au fait qu'elle est appelée à exprimer. Quoi qu'il en soit, il importe de relever que la notion de la fiction a été connue et appliquée dans l'ancien droit ; nous la trouvons souvent employée par les auteurs pour expliquer le caractère logique d'un ensemble de règles imposées par la vie ³. Nous avons déjà vu qu'elle a conservé ce caractère spécial dans le Code ; il en est ainsi notamment lorsque le législateur établit l'incapacité naturelle de l'aliéné interdit (art. 502), ou bien encore lorsqu'il proclame l'effet déclaratif du partage (art. 883).

Cette façon de procéder de la part du législateur a été souvent critiquée ⁴ ; on a soutenu avec raison qu'il aurait mieux fait « d'aborder franchement la réalité pour la dominer au moyen d'un concept qui la repré-

1. Lecocq, *op. cit.*, p. 28.

2. Grenier, Fenet, t. VII, p. 50.

3. Nous avons déjà souvent indiqué cette fonction, aussi n'y reviendrons-nous pas.

4. V. note 70bis, de plus haut.

sente aussi exactement que possible ¹ ».

Quelle que soit la valeur de cette critique, on a dû reconnaître cependant que la chose n'était pas toujours possible ². Indépendamment des raisons spéciales à l'esprit du législateur, il y a un grand nombre d'institutions qui « impliquent, de leur nature même, des conceptions imaginaires ou des assimilations par l'idée ³ ». Le Code civil français ne pouvait pas ne pas les consacrer dans son texte.

Il y a de plus un grand nombre de cas où les formules « est censée », « est réputée », etc..., sont nettement employées pour exprimer une prescription fictive établie par lui. Dans ce cas, le législateur traite de l'institution par voie d'assimilation ou d'analogie. Ce moyen, qui sert quelquefois à exprimer des présomptions ⁴, est très souvent employé dans le Code ; le législateur l'emploie même sans aucune valeur réelle.

Quant à l'expression proprement dite de « fiction », employée dans le sens de notre procédé ⁵, on a noté avec raison qu'on ne la rencontre qu'une seule fois dans le Code ; c'est le cas de l'article 739 en matière de représentation. Y a-t-il eu là, chez le législateur, la crainte de l'emploi de ce terme ? Nous ne le croyons pas, car, nous l'avons déjà dit, d'après les rédacteurs du Code, « la fiction pour la loi est la vérité ⁶ ». Tout au plus, on peut

1. Gény, *op. cit.*, p. 427. Tout en reconnaissant qu'« il est impossible de percevoir pourquoi on refuserait au législateur l'usage d'un procédé inhérent à la faiblesse de notre esprit et par ailleurs indispensable peut-être à la réalisation de son effort » (p. 426 et note 1), l'auteur trouve la présence de la fiction dans la loi « inopportune » (p. 427, note 1). V. p. 427, notes 2 et 3, application de cette inopportunité aux art. 739 et 883. V. cependant impossibilité de les exclure toutes de la loi positive, p. 428 et notes. V. aussi même sens, p. 432.

2. Demogue, *op. cit.*, p. 247.

3. Gény, *op. cit.*, p. 429 ; v. aussi G. Renard, *op. cit.*, p. 288 ; Gallet, *La fiction de rétroactivité*, thèse Poitiers, 1903, p. 2.

4. V. nombreux cas où cette forme est employée en matière de présomptions, cité par Gény, *op. cit.*, p. 431, note 1 ; v. aussi J. Ray, *op. cit.*, qui constate que « cette façon de penser est tellement normale pour le législateur qu'il se laisse entraîner à l'employer dans des cas où elle est entièrement superflue ». V. p. 173. V. aussi ex. cités, Gény, *op. cit.*, p. 431, note 1.

5. Gény, *op. cit.*, p. 429, note 8.

6. V. p. 698, note 2.

supposer que la forme « est censée », « est réputée », leur paraissait meilleure pour exprimer le mécanisme de la fiction.

A côté et en plus des institutions et formes dont nous venons de parler, la fiction joue souvent un rôle bien plus important dans le Code civil français. On trouve fréquemment tout un titre qui est régi par une telle notion. Faut-il encore rappeler, pour nous rendre compte de la vérité de nos affirmations, la fiction « de la continuation du défunt par ses héritiers » qui est à la base du titre I, du livre III. On connaît les nombreuses discussions auxquelles ce titre a souvent donné lieu. Le caractère fictif de la règle même a été contesté¹ ; la doctrine dominante demande cependant d'écarter du Code cette « abstraction vide de sens² ».

Si maintenant nous essayons d'émettre une critique au sujet de la valeur des fictions dans le Code civil français, nous dirons que cette étude nous permet de voir combien vaines sont les exigences de ceux qui demandent d'exclure cette institution du Code. La forme fictive est quelquefois un moyen nécessaire d'expression de la volonté du législateur. En effet, « les volontés du législateur s'énoncent sous forme d'idées ; c'est elles qui règlent l'activité juridique des hommes. Lorsqu'il dit « est » censée », il souligne un procédé plus particulièrement apparent, plus particulièrement artificiel de sa construction. Mais..., il y a construction de toute son œuvre³ » ; la forme fictive ne se distingue pas essentiellement d'une autre, elle conserve toujours son caractère nettement pratique.

Certes, le contraire peut exister et existe en fait dans l'emploi de certaines fictions, telles que celles de la rétroactivité de la condition, ou encore de la continuation de la personne du défunt par ses héritiers, etc... ; aussi, ont-

1. Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 5^e éd., 1929, t. III, p. 590.

2. Baudouin, Questionnaire servant de base aux travaux de la 4^e sous-commission, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1907, p. 84.

3. Ray, *op. cit.*, p. 173.

elles été abandonnées par les législations qui ont suivi, tel le Code civil allemand. Les abus sont surtout à craindre de l'extension abusive de la première¹ ; aussi doit-elle être écartée du Code comme ne correspondant pas à la volonté des parties, à un désir d'équité ou autre ; car, toute fiction doit, avons-nous dit, poursuivre un but essentiellement pratique.

Il faut ajouter que l'abus de la forme fictive « est censée », — manquant de but pratique, — arrive souvent à donner au Code un caractère vague, peu clair. Nous devons cependant reconnaître que, par les assimilations et analogies qu'elle établit, elle arrive le plus souvent à augmenter sa compréhension. Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet du Code civil français.

303. Code civil allemand. — Il paraît très curieux à première vue que nous puissions parler de fiction dans le Code civil allemand ; on a cru en effet quelquefois que le B. G. B. ne contenait pas de tels procédés². Une étude plus approfondie du Code nous permet d'en découvrir un grand nombre. On a même constaté que le Code civil allemand « a su rajeunir... certains procédés de création juridique..., tels que les fictions, qu'il désigne... par des expressions appropriées³ ». C'est ce que nous nous proposons de voir maintenant.

La présence d'un grand nombre de textes à caractère fictif dans le B. G. B. a été souvent relevée par différents auteurs français et allemands ; il suffit, en effet, de parcourir le Code civil pour nous rendre compte de la réalité de ces affirmations⁴. Ces textes ne consacrent pas seulement des institutions à « caractère imaginaire » ;

1. V. Gallet, *op. cit.*, p. 140-141.

2. V. R. Demogue, *op. cit.*, qui se réfère à l'opinion de Windscheid, p. 248, note 3.

3. Génv, *Le technique législative*, *op. cit.*, p. 1026.

4. Art. 49, 162, 663, 729, 730, 892, 1138, etc., etc. V. aussi Fohler, *op. cit.*, p. 366 ; Carl Crome, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, t. I, 1900, p. 863, note 2. V. aussi note 1 ; Génv, *Science et technique*, t. III, p. 431, note 1, p. 108.

ils règlent souvent certains des effets définitifs ¹. Etudier l'ensemble de ces cas spéciaux de fiction serait sans doute en dehors de notre travail.

Nous tenons simplement à rappeler qu'un certain nombre de fictions contraires à la volonté des parties ont été exclues du Code ; il en est ainsi notamment de celle de la rétroactivité de la condition (art. 1179 à 1183 C. c. f.) qui n'a pas trouvé de place dans le B. G. B. (V. art. 158.)

Néanmoins, des critiques contre le système fictif employé par le Code ont été souvent émises ; on y a vu un « faux pas » de traiter « quelque chose d'irréel comme réel ² » ; on a même ajouté que « plus est développé l'état culturel et juridique d'une nation, plus elle pourra se dispenser des fictions ³ ».

Nous avons déjà vu ce qu'il faut en penser, comment le procédé fictif apparaît souvent nécessaire pour suffire à l'insuffisance de l'esprit du législateur. Les auteurs, d'ailleurs, qui émettent les critiques plus haut citées, reconnaissent que ce procédé « accomplit la mission d'introduire dans la vie juridique de nouvelles idées qui n'ont pas été travaillées systématiquement », et ils ajoutent : « il sert souvent la conception populaire ⁴ ».

Faut-il voir dans cette mission que nous avons souvent reconnue à la fiction, la raison principale de la critique de la doctrine allemande ? Nous sommes enclins à le croire : le codificateur allemand n'a en effet jamais compris complètement l'importance de la conception populaire dans la rédaction d'un code.

Il résulte de ce qui vient d'être dit que, nonobstant les critiques auxquelles ce procédé a donné lieu, le Code civil allemand contient un grand nombre de règles à caractère fictif. Il a employé, pour les exprimer, une forme spéciale, caractéristique « es gielt » ⁵.

1. V. Crome, *op. cit.*, p. 108, note 8.

2. V. Crome, *op. cit.*, p. 108.

3. Crome, *op. cit.*, p. 108.

⁴. En ce qu'elle introduit « dans la vie juridique de nouvelles idées qui n'ont pas été travaillées systématiquement » (Crome, *op. cit.*, p. 108).

5. Crome, *op. cit.*, p. 108 ; Stammler, *op. cit.*, p. 330.

Nous avons vu les critiques émises contre une forme fictive spéciale ; elles ont existé aussi en Allemagne ¹. Il est admis cependant aujourd'hui presque unanimement que l'emploi d'une expression spéciale est de beaucoup supérieure à l'emploi d'une forme inconsciente, fictive. Ce système semble avoir prévalu lors de la rédaction du Code ; la formule employée n'est pas cependant toujours des meilleures, « elle conduit souvent à des erreurs et à des défauts dans la pratique », elle donne lieu à des contestations ². Employée d'une façon abusive, elle donne « quelque chose de surnaturel à la loi. On a l'impression d'avoir à faire à une disposition tout à fait compliquée, contraire à la raison, alors qu'il ne s'agit que d'une règle tout à fait simple ³ ».

Cette critique nous semble s'adresser plutôt à l'excès qu'à pu faire ce Code d'une telle expression ⁴ qu'à l'expression elle-même ; celle-ci nous paraît nécessaire pour attirer l'attention des parties sur le caractère artificiel de l'acte ⁵.

Il résulte que le B. G. B. a connu et appliqué d'une façon suivie ce concept. Tout en écartant nombre de fictions comme contraires à la volonté des parties, ou manquant de sens ⁶, le législateur allemand a maintenu ce procédé dans le Code. Il s'en est servi pour consacrer quelques institutions nouvelles, résultant souvent de la conception populaire ; il a employé, pour l'exprimer, une forme spéciale. Tout en conférant plus de sûreté à la vie juridique, cette forme peut, en cas d'abus, diminuer la clarté et la compréhension du texte. Le Code civil allemand n'y a pas toujours suffi à ce point de vue.

1. Kohler, *op. cit.*, p. 365 ; v. aussi Crome, *op. cit.*, qui cependant en reconnaît la nécessité, p. 108.

2. Kohler, *op. cit.*, p. 365.

3. Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, *op. cit.*, p. 366.

4. V. Kohler, *op. cit.*

5. V. Rudolf Bierling, *op. cit.*, p. 445.

6. Tel est notamment la fiction de la rétroactivité de la condition consacrée par le Code C. F. (art. 1179-1183) qui a disparu du § 158 du B. G. B.

304. Il résulte de notre étude comparée que la fiction intervient souvent dans les codifications modernes ; elle facilite l'introduction dans le Code de nouvelles notions, elle est à la base d'un grand nombre d'institutions. Tout en reconnaissant son utilité et l'impossibilité de l'exclure complètement, nous avons vu les difficultés et discussions auxquelles peuvent donner lieu les abus.

Tel est ce que nous nous proposons de dire au sujet de la fiction employée comme procédé technique ; nous avons vu au cours de ces développements que, quelle que fût l'importance de la fiction à Rome et dans le droit primitif, elle n'a pas complètement disparu aujourd'hui. Moyen d'assimilation et de description, elle intervient encore souvent dans le travail de la doctrine et dans celui du législateur. Les abus qui en résultent proviennent de la non-compréhension du but qu'elle est appelée à satisfaire et de l'excès de son emploi.

Ces défauts ne lui sont point propres, mais apparaissent dans tous les procédés de technique législative interne ; tous ont un caractère construit, fictif, qui les éloigne souvent de la réalité..., ce qui seul les distingue de la fiction, c'est que le caractère artificiel de cette dernière est plus apparent. Elle se légitime par les besoins et l'insuffisance de l'esprit du législateur ; aussi, ne peut-elle être employée que dans la mesure de cette insuffisance. Nous concluons ainsi l'étude du procédé de la fiction dans la loi.

III. — DEFINITION.

305. L'étude que nous abordons maintenant paraîtra sans doute un peu étrange dans un travail de technique législative ; nous avons vu, en effet, que le rôle de la loi devait se réduire à poser des règles simples, suivant qu'elle les trouvait bonnes ou mauvaises ; il appartient ensuite à la doctrine de s'élever de ces dispositions positives, particulières, de texte, à des définitions et généralisations. Car, nous l'avons dit déjà souvent, elle seule

peut conserver une flexibilité suffisante pour évoluer et modifier ses règles suivant les besoins toujours nouveaux de la vie.

Le législateur, par contre, ne peut introduire dans son travail de trop nombreuses modifications, sans craindre de porter atteinte aux principes de base régissant toute législation : celui de la sécurité et de la stabilité nécessaires à la vie. Il doit, — on le conçoit facilement, — se contenter de formuler ses règles telles qu'elles puissent s'adapter continuellement aux modifications de la vie ; or, en introduisant un trop grand nombre de définitions dans la loi, il arrive à des conséquences tout autres.

En effet, toute définition est le résultat du travail du législateur ; or, quel que soit le nombre de phénomènes examinés pour l'établir, un tel travail sera toujours insuffisant ; la complexité de la vie juridique est telle, qu'elle ne peut être enfermée dans une formule. Il arrivera donc bientôt, après la rédaction de la loi, que la définition établie ne convienne plus à l'institution pour laquelle elle a été faite, elle sera en retard sur la vie...

L'impossibilité où se trouve le législateur à modifier son texte de loi à chaque instant, entraîne un manque de souplesse ; on comprend dès lors facilement que l'abus en matière de définition puisse conduire à faire de la loi une forme vide, étrangère à la vie et n'ayant plus avec elle de rapports réels. Elle ne pourrait plus répondre aux deux principes de base de toute technique législative moderne : celui de la sécurité et de l'adaptabilité. Ces nombreuses considérations ont été déjà souvent énoncées au cours de ce travail. Nous n'avons fait que de les rappeler, pour montrer toutes les difficultés auxquelles donne lieu notre matière.

306. Procédé artificiel, essentiellement construit, la définition ne devait apparaître qu'à une époque assez avancée du droit romain¹ ; elle s'affirme d'abord en

1. E. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, t. II, p. 39. Les Romains se sont toujours rendu compte des dangers et des insuffisances d'un tel procédé. V. L. 262 Les R. J. (50-17) cités par Ihering, *op. cit.*, p. 54.

matière de langage, pour préciser le sens de la terminologie juridique. Nous verrons par la suite que ce rôle de la définition est le plus fréquent qu'elle exerce encore aujourd'hui dans nos lois. Quoi qu'il en soit, la définition acquiert bientôt une grande importance à Rome, dès la fin de la République et à l'époque du Haut-Empire.

C'est l'époque du développement du droit romain où un grand nombre de notions devaient acquérir leur forme définitive. La définition interviendra pour beaucoup dans cette formation ; elle est employée par les jurisconsultes classiques, pour donner une forme simple et précise à la plupart des contrats et actes juridiques. Il est à remarquer cependant que les juristes romains, — fins analystes, — s'étaient rendu compte des dangers que pouvait présenter pour le droit une définition à caractère trop étroit ; *omnis definitio in jure*, — avaient-ils dit, — *periculosa est*. Aussi, loin d'essayer de donner à leurs concepts un caractère dogmatique, purement didactique, ils fixaient dans des contours souples l'essence de l'institution à réglementer.

Il suffit, pour nous rendre compte de la réalité de nos affirmations, de nous rappeler que des contrats tels que la vente, le louage, la société, avaient acquis une forme définitive qu'ils gardent encore aujourd'hui dans nos Codes modernes ; n'est-ce pas en effet la *locatio operis* et la *locatio operarum* romaines, qui s'expriment encore aujourd'hui dans les articles 1709 et 1710 du Code civil français ?

Certes, un certain nombre de ces définitions ont pu être critiquées comme ne correspondant plus à la vie juridique moderne ; cela s'explique cependant par les profondes modifications sociales et économiques de notre époque. Mais la plupart d'entre elles servent encore de « soupape de sûreté » à tous les phénomènes juridiques modernes ; la raison de cette subsistance doit être cherchée dans leurs cadres suffisamment précis, mais en même temps suffisamment souples, pour fixer l'essence positive des institutions auxquelles elles s'appliquaient.

A ce point de vue encore, il faut le reconnaître, le droit romain n'a été et ne pourra jamais être surpassé.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de l'importance de la définition dans le droit romain ; elle s'affirme d'abord en matière de langage, pour s'appliquer ensuite à l'ensemble des institutions. Tout en se rendant compte des dangers que pouvaient présenter ces procédés, les Romains s'en sont servi pour préciser tout d'abord leur terminologie, pour faciliter ensuite leurs constructions. Juristes avertis, ils ont été les premiers à signaler les difficultés qui pouvaient résulter pour le législateur de son emploi abusif.

Ce procédé a continué à avoir une grande importance dans l'ancien droit français ; nous avons en effet déjà souvent relevé le grand nombre de définitions existant chez Pothier, et qui ont passé par la suite dans le Code civil français ; aussi ne paraît-il pas douteux que la question de l'importance qu'il fallait lui accorder ait fait l'objet de discussions dans les travaux préparatoires des différents Codes civils modernes. Avant d'en examiner quelques-unes, nous nous proposons de préciser la nature de ce procédé.

307. La définition est un procédé technique, artificiel ; entendue dans son sens large, elle signifie la forme d'expression du concept s'opposant au concept lui-même ; ce sens est d'ailleurs établi depuis longtemps, puisqu'on le retrouve dans les textes de droit romain ¹.

Il faut cependant ajouter que les liens existant entre la définition et le concept sont des plus étroits ; aussi, faut-il qu'il y ait « une certaine dépendance de toute l'institution à l'égard d'une formule ² » pour qu'il y ait définition.

1. V. Ihering, *L'Esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, trad. O. de Meulenaire, 3^e éd. 1888, t. III, qui constate : « Il importe au surplus de ne pas confondre la conception des notions et leur formule ou définition. La conception peut être parfaitement exacte, tandis que la formule, la définition est boiteuse » (p. 54).

2. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1926, p. 225.

Ce qui domine d'abord, c'est son caractère artificiel, résultat de la volonté du législateur ou du juriste ; de là souvent son insuffisance, de là aussi souvent son caractère fictif qui la rapproche des procédés étudiés par nous dans les sections passées.

Plus que toutes autres formes, la définition est appelée à *préciser* l'essence des concepts auxquels elle s'applique ; celle-ci se réfère soit aux conditions, soit aux effets du concept.

Elle doit essayer pour cela de ne comprendre dans son expression que les éléments originaux constituant la nature même du concept ou de l'institution à réglementer ; elle facilite par là leur compréhension en permettant à l'esprit de négliger les caractères secondaires pour ne porter son attention que sur ceux qui forment son individualité. Elle en assure la stabilité par la possibilité qu'elle leur accorde de servir de cadre à la multiplicité des phénomènes juridiques qui viendraient à s'y poser.

On comprend facilement les difficultés qui résultent d'un tel travail, les dangers auxquels il peut donner lieu.

Ces difficultés proviennent des limites souvent très lâches des caractères à établir ; on ne peut les écarter que par « le moyen d'un rapprochement... et d'une différenciation de la notion à établir avec les notions similaires¹.

Quant aux dangers, ils résultent de l'insuffisance de leur nature ; ils apparaissent surtout en matière législative. L'impossibilité de modifier trop souvent les dispositions établies arrive à rompre tous rapports entre la vie et la loi. Aussi le législateur doit-il se contenter de constater les effets principaux et de tracer leur cadre en laissant à la vie le plus de liberté possible. Nous le notons ici seulement pour y revenir par la suite.

A côté et en plus du rôle de précision de la définition,

1. Aussi la définition n'est-elle pas possible dans la loi lorsqu'il s'agit « d'une matière de droit encore flottante », H. Capitant, Sur les Assurances, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 283.

elle en accomplit un autre tout aussi important ; nous voulons parler de celui d'évocation. La fonction de la définition se confond ici avec celle du terme qui est appelé à la fixer ; elle consiste « à faire surgir au regard de l'esprit en éveil l'image de la notion à définir ¹ ».

Telles sont les principales fonctions de la définition ; grâce à la précision qu'elle entraîne et à l'évocation qu'elle fait surgir, la définition arrive à fixer les différents concepts. Elle répond par là aux grands principes de base de la technique législative : celui de la sécurité et de l'adaptabilité de la loi. On conçoit cependant facilement que par la construction qu'elle établit et qu'elle fixe au moyen d'un terme, elle arrive surtout à satisfaire aux besoins de sécurité de la vie. Elle offre en effet à l'esprit des cadres fixes, à contours précis..., elle empêche par là souvent la souplesse de la loi et rend plus difficile son adaptabilité.

Aussi, si la présence de telles définitions paraît fréquemment nécessaire en matière de règles constructives, d'organisation du droit, il en est tout autrement pour l'ensemble des prescriptions de la loi que nous avons placé sous le titre des règles normatives ² ; le besoin de l'adaptabilité l'emporte ici sur celui de la sécurité dans la loi. Il importe cependant d'ajouter que, même en cette matière, la définition peut intervenir et intervient en fait ; elle se distingue cependant alors du procédé proprement dit ; la nature morale de son caractère en

1. V. H. Lévy-Ullmann, Contribution à la recherche d'une définition du droit, *Revue trim.*, 1917, p. 69.

2. De telles règles existent surtout en matière d'obligations et de contrats. Aussi le législateur moderne emploie-t-il rarement en cette matière des définitions directes qui ne pourraient avoir qu'un caractère précis, rigoureux. Il se contente le plus souvent de définir la nature des contrats par leurs effets principaux, sans essayer d'établir des limites trop étanches entre les différents types traditionnels ; il assure par là leur adaptation à la vie. Il faut cependant ajouter que si cette façon de procéder nous paraît la meilleure, en ce qu'elle assure l'adaptation du texte de loi, le besoin de fixer les contours des notions qu'on emploie, apparaît souvent nécessaire. Aussi ne pouvons-nous comprendre la façon de procéder du législateur soviétique qui emploie dans sa loi de 1922 sur la Lettre de change, art. 1, une définition si générale qu'elle arrive à n'avoir presque aucune valeur. V. *Traité de droit civil et commercial des Soviets* par Basile Eliachevitch, Baron Nolde, etc., t. II, 1930, p. 255.

fait une directive générale proposée à l'activité du juge et des parties.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet de la définition employée comme procédé de technique législative ; moyen artificiel d'expression des différents concepts, elle doit tenir compte de l'observation des phénomènes sociaux, elle doit s'en inspirer pour pouvoir s'appliquer et diriger la vie. Ce n'est qu'ainsi qu'elle évitera son insuffisance et écartera les dangers qui peuvent résulter de son caractère.

Elle intervient souvent en matière de science juridique pour faciliter les constructions de la doctrine. Le législateur s'en sert aussi pour exprimer ses concepts, cela surtout en matière de règles constructives. Appliquée aux dispositions normatives, elle perd son caractère de précision pour acquérir celui de directive générale conférée à la vie.

Telle est la nature de ce procédé ; simple moyen technique destiné à faciliter la compréhension et l'unité dans la loi, il n'a d'autre valeur que celle qui résulte du but qu'il est appelé à satisfaire¹ ; les dangers consistent en cette matière, comme en toute autre similaire, à lui conférer une valeur propre, indépendante de ce but. C'est ce que nous verrons dans la section qui suivra.

Avant d'y passer, nous tenons à dire quelques mots au sujet d'une question de pure forme. Nous avons vu déjà en effet que lorsqu'il établit des abstractions, le législateur ne se contente pas souvent d'une formule générale ; il arrive à lui substituer une énumération de cas ou de choses. Dans cette hypothèse, la définition se fait par voie d'énumération. Cette façon d'agir du législateur, pour diminuer le caractère abstrait de ses formules, a fait l'objet de critiques déjà citées dans nos développements précédents.

308. Afin de pouvoir étudier la légitimité de la défini-

1. Charles Beudant, *Traité de droit civil français*, Introcuetier, t. 1, 1896, p. 3.

tion, il faut commencer d'abord par dégager en quelques traits les différents rôles de ce procédé de technique législative.

Moyen de précision des concepts, la définition intervient souvent pour établir le sens concret des termes employés par le législateur¹. Nous verrons par la suite, dans la section que nous consacrerons au langage, quelle est l'importance de cette intervention ; nous tenons simplement à dire ici qu'elle est souvent employée pour assurer à la loi une terminologie rigoureuse et pour éviter les mots douteux et équivoques. La fixation du sens des termes peut dès lors être établie soit d'une façon limitée par rapport à un texte spécial, soit avoir une valeur juridique générale. Le premier procédé intervient souvent dans les lois anglaises, qui ne fixent le sens des mots que dans la mesure de leur emploi². Quant à l'autre, on a proposé quelquefois sa généralisation dans le Code civil³. Sans nous arrêter pour le moment à cette question, nous tenons simplement à noter l'importance du rôle de la définition employée dans cette hypothèse. Aussi, ce procédé s'affirme-t-il dans les législations, telles que le Code civil allemand, qui tendent à préciser l'application de la loi par le sens donné au lan-

1. « Il importe de définir la valeur exacte des termes employés. Sans définitions précises, aucune généralisation n'est possible » (Custave Le Bon, *Evolution de la matière*, 1906, p. 107); v. aussi Charles Fevdant, *Traité de droit civil français*, t. I, Introduction I, p. 3. Les définitions établies par le législateur pour fixer les sens déterminés qu'il emploie, ont une double valeur : 1° Elles peuvent n'être que « de pures définitions de mots » dont la portée est limitée à l'emploi dans le texte légal des termes qu'elles définissent; elles ne visent alors qu'à déterminer le sens purement concret donné dans la loi à certaines expressions juridiques dans le but d'assurer par une terminologie rigoureuse, une précision plus grande des formules légales; 2° Elles peuvent avoir aussi une valeur positive par les règles juridiques qu'elles impliquent ». Jean Valloir, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, thèse Rennes, 1919, p. 25, qui déclare que pour ce deuxième cas, le procédé employé peut présenter des dangers à cause de son caractère théorique. Il reconnaît certes que le législateur peut établir ses règles par la voie des dispositions impératives, et que la différence serait alors purement de forme, mais ne maintient pas moins son opinion (p. 25-26). Tout en reconnaissant que le législateur doit tendre dans son Code à une technique consciente et doit y écarter la forme théorique, nous avons déjà suffisamment dit dans nos développements précédents, pour voir que ce n'était pas toujours possible.

2. De là cette multiplicité de sens accordée aux termes, critiquée déjà par Bentham; v. Courtney Ilbert, *op. cit.*, p. 118.

3. V. M. Rodrigo Octavio, La Codification du Droit civil au Brésil, *Rev. trim.*, 1930, p. 744.

gage. On conçoit facilement que, dans ce cas, la définition soit destinée à satisfaire à un but purement pratique ; aussi, perd-elle son caractère didactique, purement théorique, qu'elle conserve encore quelquefois par ailleurs dans la loi.

Son caractère pratique s'affirme encore dans les définitions destinées à fixer la nature d'une institution ; elle doit alors contenir dans son expression les traits distinctifs de celle-ci. Pour éviter autant que possible l'arbitraire, elle doit les puiser dans « l'essence même des choses ». Il en est de même pour le cas où la définition intervient pour préciser certaines conséquences d'une telle institution.

Ce procédé peut souvent intervenir pour diriger l'interprétation par une règle supérieure de droit ou d'équité ; le caractère théorique didactique domine dans cette hypothèse.

Telles sont les différentes fonctions que la définition est destinée à remplir en matière de législation ; si nous ajoutons qu'elle intervient souvent sous forme de règles positives, pour caractériser une situation, on comprendra facilement l'importance de son rôle dans la loi. Aussi, une réponse unique nous aurait paru trop simpliste pour résoudre la question de la légitimité de la définition dans la loi. Il nous semble au contraire qu'il faut établir un certain nombre de distinctions. Seules, les définitions présentant un caractère pratique, concret, doivent être maintenues dans la loi ; quant à celles ayant une nature doctrinaire, didactique, elles doivent normalement en être exclues. C'est ce que nous nous proposons d'étudier maintenant.

a) Nous avons déjà dit souvent que le propre de la loi est d'être essentiellement pratique ; aussi conçoit-on facilement que tout procédé technique poursuivant un but pratique devrait y trouver son application. C'est le cas notamment des définitions destinées à *préciser le sens du langage* ; elles ne peuvent que faciliter l'application de la loi. Nous verrons par la suite que l'un des maux

les plus grands apparaissant dans le Code civil moderne est l'absence de précision suffisante s'affirmant dans les termes employés ; il en résulte de nombreuses controverses et difficultés. Aussi, tout procédé qui tendrait à diminuer cette imprécision ne pourrait que faciliter l'application de la loi. C'est ce qui explique d'ailleurs que la plupart des auteurs reconnaissent depuis toujours l'importance du rôle de la définition en matière de langage ; celle-ci ayant dans ce cas un caractère pratique, purement concret, n'alourdit pas le sens de la loi, mais arrive à en faciliter l'interprétation.

Il faut ajouter cependant que, s'il paraît nécessaire de fixer le sens des mots trouvant des applications multiples dans la loi, le législateur ne doit pas abuser de ce moyen ; il risquerait autrement de détruire la souplesse de la loi et d'empêcher son évolution. Le sens des mots juridiques ne doit pas certes demeurer vague, imprécis ; le besoin de sécurité nécessaire qui doit résulter de la loi en souffrirait s'il en était autrement. L'adaptabilité de la loi à la vie exige cependant de conférer une élasticité suffisante aux mots pour pouvoir évoluer avec la vie ; l'abus de la définition en cette matière enlève toute clarté à la rédaction.

Des limites trop précises ne peuvent exister en cette matière et tout est une question d'art de la part du législateur.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la définition employée comme procédé destiné à fixer le sens du langage législatif. Tout en reconnaissant la légitimité de ce procédé en notre matière ¹, nous croyons qu'il ne faut pas en abuser ; aussi verrons-nous par la suite que le sens des mots doit résulter d'eux-mêmes et de l'ensemble

1. Courtney Iibert, *The mechanics of laws making*, 1901, qui rapporte que Bentham déjà soutenait le besoin de définitions pour écarter ou diminuer la prolixité et le grand nombre des répétitions existantes dans le langage des Statuts ; il y voyait aussi un moyen pour éviter « le danger d'excès des différents mots pour exprimer la même chose ». Aussi conseillait-il de trouver une définition appropriée et de l'employer dans tous les cas semblables (p. 118).

de la volonté du législateur telle qu'elle est employée dans le texte.

Il en est de même lorsque *la définition trace les contours d'une institution* et en fixe l'essence, ou encore lorsqu'elle précise certaines conséquences qui y sont attachées. Elle est alors appelée à écarter des doutes, à caractériser une situation ; elle accomplit ainsi un rôle purement pratique présentant pour le législateur un intérêt indiscutable ¹.

Quant à la façon dont se fera cette définition, nous avons déjà dit qu'elle doit consister à indiquer les conditions d'existence de l'institution ou les effets qui en résultent. Seule cette façon de procéder lui maintient son caractère pratique ; aussi croyons-nous que le législateur doit écarter toute définition qui tendrait à indiquer la nature intime de l'institution, en plaçant celle-ci dans un cadre plus large, ou en la caractérisant comme espèce par rapport à un genre. Une telle façon de procéder aurait nécessairement un caractère didactique qui ne trouverait place dans un texte de loi.

On a prétendu qu'il appartenait surtout au jurisconsulte d'établir de tels procédés ; leur caractère nécessairement arbitraire et fictif les exclut de tout travail législatif ; celui-ci doit conserver son caractère de conformité à la réalité.

Sans contester la véracité de telles affirmations, nous tenons cependant à ajouter que le caractère fictif et arbitraire de telles définitions a été souvent exagéré. Certes, en établissant de tels procédés, le législateur écarte les caractères secondaires de son institution pour ne s'attacher qu'à ceux constituant l'essence même de celle-ci. Mais en le faisant, il emploie un procédé habituel dans la technique législative. Nous l'avons en effet déjà dit souvent : le caractère artificiel construit est le propre de chacun de ces procédés ; ce qui seul les distingue des

1. « Il faut considérer que l'importance de la définition dans le Code civil réside dans le fait qu'il doit mettre son contenu à la portée de la compréhension des personnes qui ignorent tout ou presque tout du droit » (Exposé de motifs sous l'art. 915 du projet de Code civil I., cité d'après Schumann, *Théorie des obligations dans le projet de Code civil tchéco-slovaque*, thèse Paris, 1927, p. 196.

procédés techniques similaires employés par la doctrine, c'est le but pratique qu'ils sont destinés à satisfaire. Or, à ce point de vue, la définition employée dans la loi pour préciser l'essence d'une institution présente souvent un intérêt pratique considérable.

Il en est ainsi notamment lorsqu'il existe des controverses en la matière¹. Les auteurs semblent d'accord pour reconnaître qu'il appartient alors au législateur de les faire cesser par la voie d'une définition : celle-ci devient dès lors une véritable règle légale destinée à fixer le sens douteux. Cette façon de voir est assez ancienne ; nous verrons plus tard qu'on la retrouve déjà chez les rédacteurs du Code civil français ; ils pensaient qu'elle était nécessaire pour éclairer non seulement le juge, mais « tous les citoyens² ».

Quoi qu'il en soit, nous devons constater que l'absence de définitions dans la loi pour résoudre certains points essentiels de principe, a donné souvent lieu à de grandes difficultés ; ou tout au moins a retardé le travail de la science juridique. Qu'il nous suffise de rappeler, pour nous en rendre compte, les nombreuses controverses existant dans la doctrine française en matière de subrogation réelle³.

1. Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, *Bull. des A. s. m.* et p. 1886, t. II, relevant l'absence du Code civil d'une définition du « louage de services », et tout en reconnaissant qu'une « définition n'est pas toujours nécessaire dans un Code », l'auteur ajoute qu'une distinction doit intervenir en cette matière : « Les jurisconsultes et les praticiens s'entendent-ils sur la nature et les caractères d'un acte, par exemple d'un contrat, la définition législative devient tout à fait inutile ; mais s'il existe des divergences, s'il s'élève des controverses, surtout dans la jurisprudence, alors l'intervention de la loi est indispensable pour mettre un terme au procès (p. 1643). V. aussi Gény, *La technique législative, op. cit.*, p. 1014.

2. V. notamment Galli, *Présentation au Corps législatif et exposé de motifs. Le titre de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. III, l. II, Fenet, l. XI, p. 212, qui constate que : « quelque difficile que puisse être toute définition, et quoiqu'il soit très dangereux d'en insérer dans un corps de loi, cependant comme le Code civil ne contient pas seulement des règles pour les juges, mais aussi des instructions pour chaque citoyen, il est bon d'en trouver quelques-unes brèves et précises qui éclairent les juges et les parties en même temps, dissipent toute incertitude et ne laissent aucune ressource à la chicane » (p. 212) ; v. aussi Fenet, t. XII, p. 261-263. Procès-verbal de la séance du 7 pluviôse, an XI, 27 janvier 1803, à propos de l'art. 2 du titre « Des donations entre vifs et des testaments », p. 261-263.

3. V. H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle. Feux inin. de droit*, 1919, qui après avoir constaté que « la doctrine n'est pas encore arrivée en cette matière à des solutions définitives », ajoute : « La difficulté, or le sait, vient de ce qu'on ne trouve dans le Code civil et les lois postérieures que des textes épars (pour ex. de tels textes, p. 386, note 1) faisant application de la subrogation réelle et pas un article posant un principe » (p. 386).

Nous tenons à ajouter que si nous estimons souvent nécessaire la présence dans la loi de définitions qui soient susceptibles à écarter des doutes ou à cristalliser une institution, il nous semble cependant qu'elles ne doivent intervenir que pour les cas où elles facilitent l'interprétation du sens de la loi ; l'abus en cette matière peut conduire aux mêmes inconvénients que nous avons rencontrés pour les autres procédés légaux. Aussi ne doit-on les employer que lorsque leur présence paraîtra absolument nécessaire à la clarté de l'ensemble.

Même alors le législateur devra se demander si l'état de développement de l'institution légale est suffisamment avancé pour pouvoir faire l'objet d'une définition ; il risque autrement de se voir surpasser à chaque instant par « une nouvelle définition plus correcte ». Loin de servir alors le progrès de la science juridique, il ne fait que l'entraver. Ainsi limitées, les définitions engagent non seulement les parties, mais même le juge ; elles ont le caractère de véritables règles légales, ayant une valeur égale aux dispositions impératives ¹.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet des définitions de la loi, destinées à satisfaire à un but purement pratique de précision, de simplification. En principe, le législateur ne doit consacrer que des situations de fait, suivant qu'il les juge bonnes ou mauvaises sans se préoccuper de les ramener à des principes communs.

Il en est autrement lorsque, sur un point donné, des doutes subsistent, qui peuvent donner lieu à des controverses, ou bien encore lorsque les cadres des institutions qu'il établit demandent à être précisés quant à leurs conditions d'existence ou quant aux effets qui en résultent. Dans ces cas, la présence des définitions dans la loi est non seulement utile, mais nécessaire. Même alors on ne doit en abuser, car ce que le code gagne en précision, il le perd en souplesse, en facilité d'évolution. Si nous admettons la présence des définitions à caractère pratique il en est tout autrement de celles ayant une nature

1. V. Ray, *op. cit.*, p. 222 et s.

didactique. C'est ce que nous nous proposons de voir maintenant.

b) Nous avons vu, lorsque nous avons parlé des différentes sortes de définitions légales, qu'elles intervenaient quelquefois *pour aider l'interprétation par la consécration d'un principe supérieur de droit ou d'équité*. On perçoit facilement qu'un tel procédé doit être écarté du Code comme contenant un principe purement doctrinaire.

C'est ce que le législateur a depuis toujours compris ; nous l'avons d'ailleurs déjà dit dans nos développements passés, nous nous contenterons de le rappeler ici. Il faut aussi relever la tendance qui s'est quelquefois manifestée en dernier et qui consiste à limiter la puissance d'interprétation du juge, se manifestant surtout en matière d'obligations, par l'emploi de définitions générales constituant de véritables directives pour la vie ; elles se distinguent cependant des définitions proprement dites, en ce qu'au lieu de se justifier par un caractère d'exactitude dogmatique, elles tendent à fixer un moyen terme fourni par l'expérience ; au lieu de lier le juge ou la doctrine par un cadre préétabli, elles ne leur servent que de moyen d'appréciation destiné à les guider.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avions à dire au sujet de la légitimité de la définition dans la loi.

Il ne nous reste plus que quelques développements au sujet de ce procédé dans le Code civil français et dans le Code civil allemand.

309. Code civil français. — Nous avons déjà souvent dit que les rédacteurs du Code civil français avaient su distinguer le rôle qu'il appartenait d'accorder à la définition légale. Tout en reconnaissant que « ce qui est définition, enseignement, doctrine, est du ressort de la science », ils ajoutaient : « S'il est des définitions dont le législateur doive se rendre arbitre, ce sont celles qui appartiennent à cette partie mouvante et purement positive du droit qui est tout entière sous la dépendance du

législateur même¹. » Si en principe la définition doit être exclue de la loi, à cause des dangers qu'elle offre d'en fausser le sens, il en est autrement de celles qui sont destinées à fixer « les incertitudes qui peuvent naître de la diversité des autres dispositions² » ; pas de définitions générales dans le code, mais seulement des procédés destinés à fixer le sens d'une institution ou d'une situation concrète déterminée.

Telle est l'idée générale qui semble se dégager des travaux préparatoires. Nous essayerons d'étudier maintenant la façon dont elle a été appliquée et suivie dans le code ; nous verrons à cette occasion que le législateur ne pose pas un système d'ensemble en notre matière.

Cela apparaît d'abord par rapport aux définitions destinées à fixer le sens des termes employés par lui³ ; le législateur établit le sens des termes d'un certain nombre d'entre eux⁴, mais nous ne trouvons pas un système analogue à celui que nous rencontrons plus loin dans le B. G. B. De là un grand nombre de termes à contours lâches, mal définis ; de là aussi, les nombreuses difficultés et controverses auxquelles ils donnent lieu. Nous y reviendrons plus tard lorsque nous parlerons du langage ; nous tenons simplement à relever maintenant le manque d'un système d'ensemble existant dans le code en cette matière.

Il en est de même lorsque le code essaye de fixer le sens d'une institution qu'il emploie, ou d'en préciser les limites. La plupart de telles définitions présentent un caractère pratique ; elles sont destinées à fixer les contours, à indiquer les conditions d'existence et les effets

1. V. Portalis, Discours de présentation du Code civil, Fenet, t. I, p. 471.

2. Déclarations Bigot-Preameneu, Fenet, t. XII, p. 262, procès-verbal de la séance, du 7 pluviôse an XI, 27 janvier 1803 ; V. aussi Roguin, *op. cit.*, qui constate qu'« en particulier une définition expresse s'impose quand la signification d'un mot serait autre dans le langage ordinaire, que dans la législation » (p. 127).

3. V. encore quant aux autres emplois de la définition dans le Code civil français les développements si complets de Géný, *La technique législative*, *op. cit.*, p. 1014 ; Ray, *op. cit.*, p. 220 et s.

4. V. art. 533, 534, 535, 536, etc. V. aussi Géný, *La technique législative*, *op. cit.*, p. 1014.

à suivre, elles ont un caractère pratique, nettement positif. Il n'en est pas toujours de même, et la nature théorique de certaines d'entre elles a été souvent relevée¹.

Bien plus, même quant à la façon dont se fait cette définition, il y a des différences à établir. Elle se fait le plus fréquemment par voie de règle unique ; le système par énumération est cependant quelquefois employé. Un tel système risque d'être insuffisant ; aussi, ne devrait-il être employé trop souvent.

Le législateur indique souvent le rapport de genre à espèce existant entre la définition établie et le cadre plus large qui l'enferme ; mais on a remarqué avec raison qu'il « n'y a eu de la part des rédacteurs ni la volonté de présenter systématiquement le tableau d'ensemble de la hiérarchie des notions, ni la volonté de fixer chaque degré de la hiérarchie² ».

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la définition dans le Code civil français ; il en résulte que tout en consacrant ce procédé dans un grand nombre de cas, le législateur n'a pas suivi de système d'ensemble. Il l'emploie pour définir certains termes, mais il ne l'applique pas aux nombreux mots à sens multiples employés par lui. Il définit de nombreuses institutions, mais il n'établit pas d'unité ni dans la forme employée, ni dans les effets qui en résultent. Il leur accorde d'habitude un sens concret et pratique destiné à guider l'interprétation jurisprudentielle, mais nous avons déjà souvent vu au cours de nos développements que l'esprit purement théorique de telles définitions n'est pas toujours absent.

Cette absence de système, loin de ne présenter que des

1. V. Gustave Rousset, Des formules de rédaction des lois civiles *Rev. critique de lég. et de juris.*, 1891, qui donne un grand nombre d'exemples existant dans le Code et consacrant des règles d'interprétation ou, d'équité, p. 434, note 7 ; v. aussi de tels exemples Lyon-Caen, Questionnaire adopté par le comité central de rédaction par la 4^e sous-commission sur le rapport de L. G., *Bull. Soc. Et. lég.*, p. 257 ; v. cependant Gény, *La technique législative, op. cit.*, p. 1014, qui tout en reconnaissant que le Code civil français contient un grand nombre d'expressions destinées à diriger l'interprétation (v. exemples cités par l'auteur), ajoute qu'elles conservent rarement « une allure théorique ».

2. J. Ray, *op. cit.*, p. 222.

désavantages pour le code, en a facilité l'évolution. Le législateur français a compris qu'on ne pourrait établir un système unique dans le code, qu'il y avait des hypothèses où on ne pouvait fixer les caractères particuliers de l'institution sans craindre d'être immédiatement dépassé par la vie. C'est ce qui explique l'absence de nombreuses définitions dans le Code¹, c'est ce qui motive aussi quelquefois la tendance de négliger les caractères particuliers de l'acte juridique pour s'attacher aux différentes catégories auxquelles il s'applique².

Un tel système a pu être critiqué³ ; il faut cependant reconnaître qu'il a pour beaucoup contribué à maintenir la souplesse du Code⁴. Ce que seul on peut lui reprocher quelquefois, c'est de n'avoir pas toujours permis de résister à l'influence de la tradition ; nous avons en effet déjà noté que le caractère théorique de nombre de définitions est dû à l'influence exercée sur les rédacteurs du code par les travaux de Pothier⁵ ; de là aussi souvent la présence dans le code de définitions incomplètes, n'étant plus d'accord avec les institutions qu'elles étaient appelées à exprimer⁶.

1. V. J. Ray, *op. cit.*, p. 222.

2. Le législateur substitue ici à la formule générale qui comporte d'habitude une définition, une énumération « de choses ou de cas visés ». V. Ray, *op. cit.*, p. 222. Cette façon de procéder dont nous avons déjà parlé à propos des dispositions générales et abstraites, se rencontre souvent dans le Code civil allemand. Elle se rapproche du procédé employé souvent aux siècles derniers dans les lois anglaises, qui consiste à établir une définition pour un cas spécial, pour l'étendre ensuite dans le même texte, par voie d'analogie, aux cas semblables. Ce dernier point dont nous avons déjà parlé quelquefois, présente des inconvénients au point de vue de l'imprécision qu'il établit. On a aussi essayé de distinguer quelquefois la définition d'un droit, de sa description : on a ainsi affirmé que l'article 544, en énumérant les principaux attributs de la propriété, donne plutôt lieu à une description de ce droit qu'à une véritable définition » (Aubry et Rau, t. II, p. 256, note 1).

3. Marcel Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayanis causes* thèse Bordeaux, 1916, p. 22 et s.; Planiol et Ripert, *Traité de droit civil. Les Biens*, t. III, 1928, p. 215.

4. Planiol, *op. cit. Livre du Centenaire*, t. II, p. 960.

5. C. Ginoulhiac, *De la codification et de son influence sur la législation et sur la science du droit*, 1862, p. 467 qui constate : « surtout en matière d'obligations, les théories et définitions de Pothier passèrent dans le Code civil... Par là s'explique la présence dans nos Codes des théories juridiques à côté des dispositions législatives » (p. 464).

6. Tel est le cas du privilège. Parlant de la notion consacrée en cette matière par le Code civil, Planiol, *Traité élémentaire*, t. II, dit : « Cette sorte

310. Code civil allemand. — Nous avons déjà vu dans nos développements précédents la contradiction qui apparaît souvent à ce point de vue dans le B. G. B. Les rédacteurs du Code civil allemand, — conscients du danger que pouvaient entraîner pour un travail législatif les définitions à caractère doctrinaire, — avaient évité de donner de telles définitions. L'influence exercée par le droit des Pandectes et le désir de tout prévoir, de tout régler, confèrent souvent un caractère didactique aux dispositions enveloppantes destinées à préciser les effets des actes. Le Code établit de plus tout un système de définitions destiné à fixer le sens concret des termes nouvellement employés.

Le désir du législateur allemand d'éviter de créer des définitions dans son code a été souvent relevé¹ ; il s'explique par la crainte du législateur d'empiéter sur le domaine de la doctrine. Il appartient en effet à celle-ci de fixer tout ce qui se réfère à la nature même des choses. Quant au législateur, il doit se contenter de poser des définitions indirectes qui expriment les institutions consacrées, par les effets qu'elles indiquent.

Ce système de définitions indirectes employé dans tout le B. G. B. apparaît surtout en matière d'obligations² ; on ne trouve en effet nulle part établies d'une façon précise les limites entre les différents contrats³. Le code se contente d'indiquer les effets et renvoie pour le reste à la science ; souvent même il écarte toute définition⁴.

Si cela est vrai, il faut cependant reconnaître que le but poursuivi n'a pas été toujours atteint ; le code main-

de description du privilège que donne le Code civil est empruntée au droit romain par l'intermédiaire de Domat (*Lois civiles*, l. III, t. I, chap. 5 n° 1 et 2). Elle était parfaitement exacte pour les privilèges tels qu'ils existaient à l'époque romaine..., elle ne l'est plus à beaucoup près pour cet entassement de droit disparate que notre Code énumère, pêle-mêle, dans les art. 2101, 2102, 2103 » (n° 2547, p. 784).

1. Planck, *op. cit.*, p. 25; Roguin, *op. cit.*, p. 102; Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, *op. cit.*, p. 360 v. aussi quant à son application au contrat d'assurance, Capitant, Sur les assurances, *Bull. Soc. Ét. lég.*, 1906, p. 536; Behrend, *op. cit.*, p. 44.

2. V. *op. cit.*

3. V. nombreux cas cités par Roguin, *op. cit.*, p. 112 et note 1.

4. Tel est le cas du jeu et du parti, Roguin, *op. cit.*, p. 112.

tient encore un grand nombre de définitions à caractère théorique. Il en est ainsi notamment lorsqu'il définit le mot « chose », ou encore lorsqu'il indique ce qu'il entend par « ensemble de biens », « choses fongibles », etc... De telles dispositions ne peuvent avoir un intérêt pratique, elles ont un caractère nettement didactique et devraient être comme telles exclues du B. G. B.

En dehors même de ces dispositions, qui s'expliquent pour la plupart par l'influence exercée sur le Code civil allemand par le droit des Pandectes, l'atmosphère qui se dégage de l'ensemble des définitions employées présente un caractère nettement doctrinaire. Elle s'explique par la tendance du législateur allemand de tout prévoir, de tout régler par des formules enveloppantes qu'il établit. Nous en avons déjà parlé, aussi n'y reviendrons-nous pas à nouveau.

A côté et en plus des définitions dont nous avons parlé, le code maintient tout un système de formules destinées à fixer le sens des expressions qu'il emploie. Il apparaît même certains que le sens attribué ici aux termes devra leur être conservé « même s'ils se reproduisent ailleurs ¹. »

Un tel système présente le grand avantage qu'il évite les difficultés et controverses qu'on rencontre quelquefois dans le Code civil français. Aussi a-t-on regretté quelquefois que le système consacré par le B. G. B., en suivant en cela le droit anglais, n'ait pas reçu une plus grande extension ².

Quant à nous, nous croyons que quels que soient les avantages qui en résultent, un tel système de définitions légales présente le grand danger de se voir surpassé par la vie. Il arrive aussi souvent à détruire la souplesse de la loi et son pouvoir d'adaptabilité.

1. Cromé, *op. cit.* L'auteur cite parmi les « nombreuses expressions qui ont été définies par le Code lui-même », les art. 90, 93, 100, 121, 122 et s., 166, al. 2, 182, 184, 194, al. 1, 273, 274, al. 1, 276, 383, 413, 421, 428, 462, 482, 516, etc. V. aussi Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, *op. cit.* p. 360.

2. V. Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, *op. cit.*, p. 361; v. aussi Saleil. les, Le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse, *Rev trim. droit civil*, 1905, p. 548 et note 1.

311. Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la définition dans le Code civil allemand ; il en résulte que quelle que soit la volonté des rédacteurs du B. G. B. de maintenir à ce procédé un caractère pratique, le côté théorique l'emporte souvent. De plus, l'atmosphère qui se dégage de l'ensemble est nettement abstraite.

Si nous passions maintenant à l'étude du Code civil suisse, nous verrions la même tendance de limiter au maximum les définitions employées et de ne les admettre que si elles paraissent absolument nécessaires. Cette étude ne semble pas nous offrir un intérêt spécial ; aussi ne nous y arrêterons-nous pas.

Nous tenons cependant à rappeler qu'on a vu quelquefois, dans les définitions générales employées par le législateur en matière d'obligations¹, un des moyens « d'organiser scientifiquement la liberté d'appréciation du juge² ». Nous avons vu qu'il fallait les distinguer des définitions théoriques ; en effet, loin d'avoir un caractère dogmatique, elles sont tirées par la loi de l'expérience de la vie pour servir de directive au juge.

Il résulte de ce qui vient d'être dit que la définition conserve dans toute législation son importance de procédé technique ; elle est appelée à simplifier et à préciser là où il existe des doutes et des controverses. Appliquée au langage ou aux institutions, elle répond à un même but : celui d'assurer plus de sécurité dans la loi. Aussi ce procédé a-t-il été employé dans toutes les législations modernes.

Nonobstant certains textes légaux qui lui contestent toute utilité³, il continue à contribuer à la réalisation de la loi. De même que tous les autres procédés techni-

1. Ces définitions, avons-nous vu, constituent pour le juge non pas des limites mais des directives générales.

2. V. Davy, *Crise de la loi et du contrat*, *Bull. de la Soc. fr. de philosophie*, séance du 27 décembre 1924, p. 27.

3. V. notamment la note des codificateurs argentins sous l'art. 495 de son Code, affirmant que les définitions sont impropres dans un corps de loi. Cité d'après A. Colmo, *op. cit.*, p. 97 : l'auteur critique cette note et déclare qu'il importe de distinguer entre les définitions scientifiques, didactiques et les autres. Les premières seules n'ont pas de raison d'être dans la loi.

ques que nous avons déjà étudiés, la définition présente un caractère artificiel, construit, elle est appelée à suffire à une insuffisance de notre esprit. Sa valeur est en fonction du but qu'elle est destinée à satisfaire; les dangers consistent en cette matière, comme en toute autre similaire, de lui accorder une valeur propre ¹. Nous passons maintenant à un procédé de technique législative qui présente de grandes similitudes avec la définition ; nous voulons parler de la classification.

IV. — *Classification*

312. Nous plaçons cette étude à la suite de celle de la définition, non seulement parce qu'elles constituent des procédés de précision technique, ayant toutes deux un caractère fictif, arbitraire, mais parce qu'elles se remplacent souvent l'une l'autre dans la poursuite d'un but commun.

Nous avons vu en effet nous-même, au cours de ce travail, que le législateur se contente souvent de substituer à la définition abstraite qu'il donne, une énumération de cas ou d'hypothèses destinées à préciser les limites d'application de la règle. D'autre part, il place souvent à la suite d'une énumération une règle générale appelée à la compléter et qui la rend souvent inutile. Les cas sont trop connus pour que nous nous y arrêtions longtemps ; nous tenions simplement à les rappeler, afin d'expliquer par là la place accordée à ce procédé de technique législative.

Comme tous ceux qui l'ont précédé, il constitue un moyen logique, artificiel, employé par le législateur pour mettre de l'ordre dans la multiplicité et la confusion des

1. V. P. Regnaud, *L'origine des idées*, qui constate que : « toutes les définitions étant ou bien incomplètes (on ne définit une chose que par l'une de ses qualités) et par conséquent insuffisantes ou bien complètes, mais seulement conventionnellement... et par conséquent irréelles, les raisonnements fondés sur les premières sont toujours défectueux par quelques côtés et ceux qui s'appuient sur les secondes, se développent dans l'imagination » (p. 46).

phénomènes sociaux ; il arrive à les simplifier et à faciliter la compréhension de notre esprit.

Intervenant surtout en matière de science, — où nous verrons par la suite que tout se réduit souvent à une question de classification, — il apparaît aussi en matière de législation et surtout de codification. Nous l'avons dit déjà souvent ; aussi nous contenterons-nous ici de compléter nos développements précédents.

313. La classification consistant dans l'art de choisir les idées, de les disposer dans un ordre méthodique, de les exprimer enfin par un langage approprié, on conçoit facilement que l'apparition de ce procédé nécessitât un état de développement du droit assez avancé.

Aussi, ne le trouve-t-on pas dans la première époque du droit romain où le travail du juriste est limité à la recherche du mot approprié aux idées à exprimer ¹.

Il en est tout autrement à l'époque classique de la fin de la République et au Haut-Empire. Le droit romain avait acquis une terminologie rigoureuse ; le juriste pouvait, dès lors, procéder à l'ordonnancement de ses notions ; les juristes romains arrivaient par là à atteindre à des synthèses supérieures dans le droit et à faciliter ainsi son développement.

Il est en effet trop connu, pour que nous y insistions, quelle fut l'importance de la classification dans le travail d'analyse et de synthèse de cette époque. Fins analystes, les juristes romains, par les rapprochements et distinctions qu'ils établirent, poussèrent à la coordination du droit et à l'établissement de principes généraux qui dominent notre vie juridique moderne. C'est par là qu'ils arrivèrent à construire cet ensemble d'institutions qui forme encore aujourd'hui la trame au travers de laquelle se développe à chaque instant notre vie juridique. Faut-il encore rappeler, pour être complet, la création, dès cette époque, de tant de notions du droit, de l'ensemble des catégories réelles qui passèrent par la suite dans nos Codes modernes.

1. Cuj, *Institutions juridiques des Romains*, t. I, p. 734.

On a noté souvent à cette occasion, qu'en passant dans notre droit, ces catégories réelles ont perdu « sinon de leur importance, au moins de leur rigueur technique ¹ ». Les déformations qu'elles ont subies en passant dans nos Codes modernes ont donné souvent lieu à de grandes difficultés dans la science juridique et dans la pratique ².

Quoi qu'il en soit, c'est par le procédé de la classification que le droit romain est arrivé à régir la vie juridique pendant tant de siècles ; les difficultés qui en ont résulté quelquefois aujourd'hui proviennent des abus que l'on en a fait et de la croyance à sa valeur propre.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de l'importance de la classification dans le droit. Avant de passer à la légitimité de ce procédé, il nous reste à dire quelques mots au sujet de sa nature.

314. La classification, avons-nous dit, est un procédé logique, artificiel, inventé par notre esprit pour ordonner la complexité et la multiplicité des faits. Il arrive par là à simplifier la réalité, à faciliter sa compréhension.

a) Moyen de simplification de la réalité, la classification procède d'une façon similaire à la définition. Elle consiste à négliger les caractères secondaires du rapport qu'elle établit, pour ne s'attacher qu'aux caractères principaux, à ceux qui constituent les traits communs des notions qu'on rapproche ou qu'on sépare ³.

Elle accomplit ainsi le rôle de précision dont nous avons déjà parlé plus haut. En dehors et en plus de cette fonction, elle en accomplit une deuxième tout aussi

1. Gény, *Science et technique*, t. III, p. 126-127.

2. Il en est ainsi notamment de la notion de quasi-contrat, qui avait dans le droit romain un sens tout autre que celui qu'elle a aujourd'hui.

3. V. R. Demogue, *Traité des obligations*, t. I, 1923, p. 43 qui déclare que « la classification la meilleure ici comme partout, est celle qui met en valeur les caractères principaux et qui est la plus féconde en résultats » ; V. aussi Stuart Mill, *Système de logique*, t. II, p. 267, cité par Demogue, *op. cit.*, p. 43, note 1. Cette façon de voir est d'ailleurs assez ancienne puisqu'on la retrouve déjà chez les rédacteurs du Code civil. Fenet, t. I, Division du projet de Code civil en projet de lois ; v. Déclarations du Premier Consul, p. LXXI ; Rapport sur le Projet d'un Code des obligations et contrats communs à la France et à l'Italie, p. XLV Larnaude, l'Unification législative entre la France et l'Italie, rapport au ministre de la Justice, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1930, p. 130.

importante, rencontrée déjà en matière de définition ; nous voulons parler du rôle d'évocation de la classification. Ce rôle consiste ici en ce que la classification doit faire que « les choses se présentant à la pensée le soient dans des groupes formés et disposés de la manière la plus propre à réveiller le souvenir... de leurs lois ¹ ».

Il résulte de cet ensemble de considérations, qu'on ne pourra classer sous un terme unique que des notions semblables, ayant des caractères communs ou rapprochants. Cette façon de voir est si conforme à notre esprit, qu'il nous arrive souvent de confondre des notions distinctes par cela seul que le terme employé est semblable ou presque. Il en résulte souvent des difficultés et confusions ².

Qu'il nous suffise de rappeler, — pour prouver la vérité de nos affirmations, — les nombreuses controverses qui ont existé et qui existent encore dans la doctrine par suite de la réglementation par le Code civil français, — dans un même texte, — des notions de « contrat » et de « quasi-contrat ». On connaît déjà trop, pour que nous y insistions, les nombreux essais de rapprochement entre ces deux notions, cependant distinctes. Aussi les nombreuses critiques auxquelles a donné lieu un tel texte nous paraissent des plus rationnelles ³. En effet, dans ce cas, la classification établie par la loi, au lieu de faciliter la compréhension du texte, arrive à la rendre plus obscure. Nous reviendrons là-dessus dans la section qui suivra. Nous nous contentons ici simplement de relever la réalité de nos affirmations.

1. Stuart Mill, *Système de logique*, t. II, p. 267, cité par R. Demogue, De la classification des sources des obligations, *Scritti giuridici dedicati et offerti G. P. Chironi*, t. I, 1915, p. 105; Rapport sur le projet d'un Code des obligations et contrats communs à la France et à l'Italie, p. LIII et s. qui supprime la distinction entre les différentes sources établies par l'art. 1370.

2. Aussi ne pouvons-nous qu'approuver les critiques émises en doctrine, à l'encontre de certains articles du Code civil français, tels que l'art. 1124 qui réunit dans une même disposition des catégories des personnes interdites, tout à fait distinctes. V. Léon Fleys, Rapport présenté sur les modifications à apporter aux sections II, III et IV du chap. II, t. III, l. III, Commission de révision du Code civil, 4^e et 6^e sous-commission, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1909, p. 523-524.

3. R. Demogue, *op. cit.*, p. 43-45; Becquart, *Les mois à sens multiples dans le droit civil français*, p. 163; Ambroise Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 1924, 4^e éd., p. 253.

La similitude de nature entre deux notions apparaît donc comme nécessaire, pour pouvoir les placer sous un signe commun. Il en résulte *a contrario* que, pour qu'il y ait division et énumération, il faut que les notions qu'on place sous des cadres distincts le soient suffisamment pour faire l'objet d'une distinction. On ne concevrait pas, en effet, la présence dans la loi d'un ensemble de subdivisions n'ayant pas une raison suffisante¹. Un tel procédé n'arrive pas seulement à compliquer le sens de la loi et à détruire sa clarté ; appliqué d'une façon abusive, il rendrait de beaucoup plus difficile sa compréhension. On arriverait ainsi à détourner la classification de son but initial, à la transformer en un procédé purement formel n'ayant aucune valeur pratique.

Il résulte de ce qui vient d'être dit que le législateur doit prendre pour base de ses énumérations les caractères principaux des notions auxquelles il les applique. La classification doit s'attacher à la nature propre de chacune d'entre elles et non à des liens très lâches qui existent souvent entre les institutions dissemblables. Toute façon contraire de procéder ne pourrait que détourner la classification de son but de précision pour en faire un instrument formel, sans raison d'être...

b) Nous avons vu que toute classification doit prendre pour base les points directeurs du système auquel elle s'applique.

Cela est vrai lorsqu'il s'agit d'une législation, non seulement pour l'ensemble, mais même à l'intérieur des différentes parties de la classification. Elle se réalise par l'emploi de cadres de dimensions différentes, tels que paragraphes, articles, chapitres, titres. Les auteurs sont d'accord là-dessus. Tous reconnaissent que ces divisions se complètent mutuellement, se définissent par leur voisinage² ». Nous verrons par la suite quelles sont les conséquences qui peuvent en être tirées au point de vue

1. V. là-dessus Courtney Ilbert, *Legislative methods and forms*, 1901, p. 116.

2. Mallieus, *L'exégèse des Codes et la nature du raisonnement juridique*, p. 118.

de l'interprétation. Il suffit de relever ici que toute classification se réalise à l'intérieur de catégories légales, toujours les mêmes dans un travail similaire. On arrive ainsi à faciliter la recherche de notre esprit et à réaliser une grande économie de temps. Si cela est vrai, les discussions continuent encore sur la question de savoir si la division suivie dans le Code doit prendre pour base l'ordre établi par la science ou bien si ce qui doit l'emporter est celui établi par la pratique.

La question s'est posée notamment à l'occasion de l'apparition du Code civil allemand ; on sait, en effet, que, s'opposant en ceci au Code civil français, le B. G. B. contient dans son plan général un ordre nettement scientifique ; il y avait donc lieu de savoir si la division purement pratique devait être maintenue¹, ou bien s'il ne valait pas mieux la remplacer par une classification « plus en rapport avec le système organique du droit civil² ».

Cette question a été déjà examinée par nous lorsque nous avons parlé de l'importance du plan dans le Code ; aussi n'y reviendrons-nous pas. Nous tenons simplement à rappeler que tout en reconnaissant la nécessité pour le Code de suivre dans la coordination de ses dispositions le meilleur plan possible, — cela surtout à cause de l'influence qu'il exerce par là sur la science juridique³, — nous pensons cependant que ce qui doit surtout l'emporter dans un tel travail, c'est le caractère pratique.

Nous avons vu, en effet, souvent que le rôle de la loi

1. Portalis, Discours de présentation du Code civil, p. 99, qui déclare que « convaincu de l'arbitraire qui régnera toujours dans une pareille division », nous avons cru qu'il n'y avait point d'utilité à changer les divisions communes. Quant à la nature de cette systématisation, Lévy-Ullmann, Discours sur le Code civil, Université de Lille, 7 mai 1904; Thaller, Rapport présenté sur la question de révision du Code civil, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 472, qui constate que « le Code civil manque d'agencement scientifique. Il n'a pas un cadre de matières sérieusement enchaîné » (p. 490).

2. Génv, *La technique législative*, op. cit., p. 1018; Zitelmann, op. cit., p. 17.

3. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil français*. Gottlieb Auguste Neumann, *Observations sur le système du droit privé*, Genève,

est avant tout celui d'assurer la bonne réalisation du droit ; la valeur légale d'un plan doit être jugée surtout en fonction de cette réalisation. C'est ce qui explique qu'un plan purement pratique, mais entré dans les mœurs et dans les usages de la vie juridique, doit être souvent préféré à tout autre purement scientifique. De plus, quelle que soit la supériorité d'un système scientifique, il ne peut être admis dans la loi que lorsque sa supériorité a été généralement reconnue. On conçoit en effet facilement les difficultés auxquelles pourraient donner lieu tout procédé contraire.

Il importe aussi d'ajouter que le caractère pratique de la loi exige de ne pas introduire dans son texte des distinctions purement doctrinales, ne trouvant pas d'applications positives immédiates.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet de la deuxième question que nous nous étions posée. Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que la classification est un procédé logique, inventé pour suffire à l'insuffisance de notre esprit ; elle est à la base de toutes les constructions théoriques ; elle apparaît dans la loi et surtout dans le Code pour faciliter la systématisation des dispositions légales.

c) Si cela est vrai, il ne faut cependant pas oublier le caractère arbitraire d'une telle division ; on doit se le rappeler à chaque instant pour comprendre que la valeur de l'ordre établi est en fonction de son efficacité, de ses résultats pratiques. Le juriste arrivera ainsi à mieux concevoir la relativité de ses constructions ; quant au législateur, il évitera des erreurs et difficultés qui résultent du caractère trop abstrait de l'œuvre législative, il écartera les divisions romaines périmées n'ayant plus de raison d'être aujourd'hui, comme ne correspondant plus à la réalité foncière des choses. Telles sont

notamment celles des contrats et quasi-contrats, des meubles et immeubles, qui ont été depuis longtemps dépassées par les faits.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet de la nature de ce procédé de technique législative. Nous passons maintenant à sa légitimité dans la doctrine et dans la législation.

315. La légitimité de l'intervention de la classification en matière de science juridique ne peut même plus faire objet de discussions aujourd'hui. Nous avons déjà vu quelle a été son importance dans le développement du droit romain. Aujourd'hui encore, elle constitue, par les assimilations et distinctions qu'elle établit, un procédé didactique de premier ordre ; elle simplifie le droit et facilite notre compréhension. Elle accomplit ainsi un rôle de précision dont nous avons déjà parlé plus haut.

En dehors et en plus de cette fonction, elle en accomplit une autre tout aussi importante, rencontrée déjà en matière de définition ; elle permet la découverte de nouveaux domaines juridiques, de nouvelles constructions et pousse ainsi au développement du droit.

Aussi conçoit-on qu'on ait vu quelquefois dans « les principes » des idées nécessaires bien coordonnées¹.

Quelle que soit la légitimité de la classification en matière de doctrine, il y a lieu de nous demander maintenant si elle continue encore à subsister dans la loi. Cela nous paraît d'autant plus nécessaire que les auteurs lui reconnaissent, en général, une valeur toute secondaire².

a) L'importance de la classification dans la loi et sur-

1. Ch. Beudant, Avant-propos au *Traité de droit civil*, p. VII ; v. aussi J. Valloir, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, thèse Pordeaux, qui constate : « classer au fond, c'est à quoi se ramène tout le pouvoir, toute l'action de notre esprit sur la réalité et tout l'effort de la technique juridique pour permettre à notre esprit d'embrasser l'infini des faits, dans les règles juridiques qu'il découvre » (p. 14).

2. V. Planiol, *Grande Encyclopédie*, Code civil français, t. XI, p. 792 ; Gottlieb Auguste Neumann, *Observations sur le système du droit privé*, *op. cit.*, p. 26 ; v. surtout A. Colmo, *Tecnica legislativa del Codice civil argentino*, sec. éd. 1927, n° 102, p. 205.

tout dans un Code apparaît en principe indiscutable ; ce qui caractérise en effet de tels travaux, c'est l'ensemble systématique, c'est la coordination en un seul tout, de la pluralité des phénomènes juridiques se référant à une même matière.

Plus on avance dans le développement de la vie juridique, plus le besoin de la classification s'affirme ; elle permet au droit de se réaliser d'une façon précise, par les catégories légales qu'elle établit ; elle facilite leur compréhension en plaçant des matières similaires sous les mêmes signes extérieurs. Elle trace ainsi à l'esprit des cadres qui lui permettent de saisir facilement l'ensemble de la vie juridique cristallisée dans la loi.

Il faut certes reconnaître que les catégories établies par nos législations modernes n'ont plus la précision, ni la rigueur de celles de l'ancien droit¹. Mais cela n'est que la conséquence nécessaire de la mobilité de la vie moderne et du besoin pour le législateur de suffire par les classifications qu'il établit, pendant un espace de temps assez étendu ; le besoin de sécurité empêche, en effet, celui-ci de modifier à chaque instant son travail. De plus, ce n'est qu'ainsi qu'il peut lui conserver son caractère essentiellement pratique. Ce principe, souvent posé et affirmé par nous, limite aussi l'emploi de la classification.

En effet, alors que la doctrine s'en sert « pour dériver les conséquences de l'idée première² », pour essayer d'atteindre à des principes supérieurs du droit, la loi ne peut l'employer que pour préciser une idée, pour l'évoquer à l'esprit et faciliter ainsi sa compréhension.

Quoi qu'il en soit, — par la fonction de précision et d'évocation qu'elle garde dans la loi, — la classification accomplit encore une fonction des plus importantes dans tout travail de technique législative, puisque tout se

1. Gény, *Science et technique*, t. III, 1923, p. 126-127.

2. A. Colmo, *op. cit.*, p. 205, n° 102.

résoud en somme ici à préciser, à évoquer, à faciliter la compréhension du droit.

Il ne faut d'ailleurs pas oublier que la classification se substitue souvent à la définition, qu'elle collabore avec elle à l'explication, à la précision des idées ; elle écarte souvent le caractère trop abstrait des notions légales.

Peut-on dès lors dire que la classification accomplit un rôle secondaire dans la loi. Nous ne le croyons pas.

En effet, non seulement elle précise des notions et leur confère la clarté nécessaire, mais, par l'ordre qu'elle établit dans la loi, par la fonction d'évocation qu'elle accomplit, elle permet au juriste de s'y retrouver facilement. Elle économise donc le temps, elle confère la clarté, elle précise et facilite la réalisation de la loi¹.

Pour pouvoir suffire à cette autre fonction, il est cependant nécessaire que la classification soit le plus conforme au caractère pratique de la loi. Nous tenons simplement à ajouter qu'elle doit non seulement avoir un caractère pratique, elle doit aussi correspondre à la réalité des faits².

Procédé purement arbitraire, établi pour faciliter la recherche dans la loi, elle n'a de valeur que dans la mesure où elle y satisfait. Aussi tenons-nous à insister ici à nouveau sur le besoin des législations modernes d'écarter de leurs textes les divisions n'ayant plus qu'une valeur purement historique. Car, ne l'oublions pas, la

1. V. cependant Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, t. I, p. 42, note 2, qui constate qu'« eux aussi ont été discutés et adoptés ». Il cite comme ayant une importance spéciale dans cette direction, la modification du premier titre du « Droit de Famille » qui s'appelait antérieurement « du mariage », et maintenant « du mariage civil », p. 42, note 2 ; en sens contraire, Van der Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907, qui ne leur accorde qu'une valeur « pratique et imparfaite, pouvant être remplacée ou complétée par d'autres éléments » (p. 31, p. 34-35).

2. R. Demogue, De la classification des sources des obligations, *Scritti giuridici dedicati et offerti*, G. P. Chironi, t. I, 1915. Après avoir demandé de remplacer l'ancienne division des sources des obligations du Code civil français par une division nouvelle plus en accord avec les nécessités pratiques, l'auteur ajoute : « les notions juridiques acquièrent par là plus de solidité, elles n'ont plus ce caractère de notions se suffisant à elles-mêmes et dont les conséquences se développent de façon rectiligne... Puisant leur sève dans les nécessités de la vie sociale, les grands besoins de sécurité et de développement, elles doivent être plus fécondes en résultats heureux » (pp. 116-117).

classification, comme d'ailleurs tous les procédés techniques, n'a de valeur que dans la mesure de sa réalisation.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet de la légitimité de la classification dans la compréhension de la loi.

b) Nous avons déjà suffisamment dit pour comprendre que la classification établie dans la loi n'a pas une valeur purement scientifique ; elle est surtout destinée à faciliter la compréhension et la recherche dans la loi. Il en résulte que la science juridique ne peut pas s'y fonder toujours pour découvrir la volonté du législateur. Les rapports logiques que la classification établit, lorsqu'elle s'applique en matière de doctrine, ne peuvent exister dans la législation ; celle-ci doit en effet se conformer surtout aux besoins de la vie qui ne présente pas une telle régularité ¹.

Aussi, on l'a reconnu depuis toujours, les classifications de la loi ne peuvent avoir une valeur scientifique, elles ne peuvent servir que « d'indications » en vue de sa valeur interprétative. Si nous admettons facilement que le Code constituant un ensemble, chaque partie ne puisse être comprise qu'en fonction du tout ², il nous paraît cependant que l'interprétation « par le groupement dans la loi », ou « par titre », n'a plus de raison suffisante aujourd'hui, elle ne peut désormais plus servir que de simples indications devant être complétées par tout autre élément possible ³.

316. Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à

1. Aussi voir quant à l'absence de toute systématisation et classification raisonnée dans les Codes suisses, Rossel, *Manuel du Droit fédéral des obligations*, 1906, p. 8.

2. V. Mallieux, *op. cit.*, 1926, p. 118.

3. V. notamment Birling Rudolf, *Juristische Principienlehre*, 1911, qui constate que « la compréhension de la loi est facilitée si les mêmes matières ont été réunies extérieurement et si l'ensemble est clair ; notamment pour les lois plus étendues, on devra les diviser d'après les points directeurs en un certain nombre de titres et de chapitres et on ne devra laisser des doutes en ce qui concerne les rapports avec le reste du droit en vigueur... » (p. 449) ; W. Bélimé, *Philosophie du droit*, t. I, 1844, p. 526 ; Joseph Barthélemy, *Le problème de la compétence dans la démocratie*, 1918, p. 83 ; Hermann Weck, *op. cit.*, p. 42.

dire au sujet de la légitimité de la classification dans la loi.

Il serait peut-être nécessaire maintenant, pour nous conformer à la méthode toujours suivie, d'étudier l'importance de la classification dans les codifications modernes. Nous ne le ferons cependant pas, car nous ne pourrions rien ajouter à ce que nous avons déjà dit là-dessus lorsque nous avons examiné l'importance du « plan » dans le Code. Aussi nous contenterons-nous d'y renvoyer ¹.

En résumé, la classification n'apparaît qu'à une époque de développement plus avancée du droit. Employée par les jurisconsultes romains, elle a donné naissance à l'ensemble des principes et catégories légales qui régissent encore notre droit aujourd'hui.

Moyen de précision et d'évocation, elle exerce encore aujourd'hui dans la doctrine son rôle de développement et de création ; elle y arrive non seulement par la précision et l'évocation qu'elle établit, mais aussi par la dérivation des conséquences de l'idée première. Moyen artificiel, elle facilite la compréhension de la loi et assure la réalisation précise du droit. Sa valeur a été souvent contestée, on l'a réduite à un rôle secondaire. Tout en reconnaissant qu'elle ne peut servir que de simple indication pour l'interprétation, nous avons vu qu'elle conserve encore dans la loi une importance de premier ordre. Son emploi exige cependant la compréhension nette qu'elle n'est qu'un moyen artificiel, technique, n'ayant pas de valeur propre...

1. Il importe cependant de noter que la nature théorique de telles classifications n'est pas toujours absente des Codes civils modernes; on a ainsi relevé souvent le caractère purement scolastique des art. 1169-1171, 1102-1106, ou encore de l'art. 1370 du Code civil français. Aussi ont-ils dû être supprimés pour la plupart dans le Projet des obligations et contrats franco-italien; v. Rapport, p. LV et XCVII. Le législateur suisse a ici encore surpassé tout ce qui avait été fait avant lui, tout en assurant une meilleure systématisation de l'ensemble. Il a conservé à ses classifications un caractère purement pratique. V. Huber, Exposé de motifs, t. I, 1904, p. 13-14.

V. — LE LANGAGE

317. Nous abordons maintenant la dernière section de ce chapitre qui portera, — comme nous l'avons d'ailleurs déjà annoncé, — sur la matière du langage.

Étudié comme procédé de technique législative, il présente un intérêt beaucoup plus important que tous ceux examinés jusqu'à lui. La pensée juridique s'affirme, en effet, au monde extérieur par le moyen du langage ; elle s'y précise, s'y cristallise et prend conscience d'elle-même.

C'est le langage qui lui permet de s'exprimer au dehors, en évoquant dans l'esprit de tous des images analogues à celles ressenties. Aussi, le langage apparaît-il dans la vie en même temps que la pensée ; dès que celle-ci prend conscience d'elle-même, elle a besoin d'un élément qui la fixe et qui lui permette de s'extérioriser. Elle crée cet élément formel, le modèle à sa taille et évolue avec lui.

Il s'établit de nombreux rapports entre la forme et le fond, au point qu'il arrive un moment où il devient très difficile, même impossible de les distinguer ; tout désaccord ou lacune existant dès lors dans la forme réagissent immédiatement sur le fond. Nous verrons, en effet, par la suite, comment les tentologies ou équivoques du langage arrivent souvent à rendre contradictoire ou obscure la pensée juridique qu'elles expriment.

Nous nous contentons pour le moment de rappeler ici à nouveau les rapports profonds existant entre la forme et le fond, dont nous avons si souvent parlé. Ils apparaissent dans toute science qui, pour pouvoir évoluer, exige un développement parallèle de la terminologie employée.

Il en est à plus forte raison ainsi pour le droit qui, — comme toute science sociale, — a besoin, pour pouvoir évoluer, d'un langage approprié. Le langage acquiert ici quelquefois une teinte mystique, capable d'impressionner ceux qui sont appelés à observer l'exécution de la loi.

Qu'il nous suffise de rappeler, pour prouver la réalité

de nos affirmations, quel fut le rôle du mot dans les premiers siècles du développement du droit romain. Le terme employé accordait souvent à la règle juridique le caractère d'un ordre divin. Il en fut de même quelquefois pour certains mots employés au moment de grandes exaltations dues aux transformations sociales. On a ainsi noté avec raison, pour l'époque de la Révolution française, « l'élan mystique qui a donné pendant dix ans, à des termes abstraits comme « égalité » ou « constitution », une teinte religieuse ¹.

De plus, et en dehors même de cette forme spéciale, le langage a permis, en premier, au droit de s'affirmer à la vie. On sait, en effet, que la première manifestation sociale du droit a été orale ; la coutume, avant d'être écrite, s'est transmise en effet verbalement pendant des siècles. Ce n'est que lorsque la construction du langage s'est développée et compliquée qu'on a vu le besoin de la mettre par écrit.

Par la suite, c'est toujours la création d'un langage juridique, simple, précis, qui a permis le développement du droit et l'apparition des codes. Ce qui caractérise, en effet, de tels travaux, c'est non seulement la systématisation dans un ensemble de toute une matière de droit, mais bien plutôt la forme claire, précise, par laquelle ils s'expriment.

C'est surtout par elle et par la forme spéciale de la syntaxe du langage que le code se distingue des autres travaux de droit écrit. Nous verrons par la suite que là où ce langage n'existait pas, on a essayé de le créer lors de la rédaction des codes. On est certes allé souvent trop loin à ce point de vue, mais cela prouve à nouveau d'une façon indiscutable, que tout développement du droit a besoin d'une forme de langage appropriée.

Faut-il encore rappeler ici, pour être complet, que le développement et la complexité nouvelle des faits juridi-

1. Ferdinand Brunot, *Les mots témoins de l'histoire*. Communication faite le 23 novembre 1928 à l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, Paris, MCMXXVIII, p. 20.

ques exigent une forme d'expression plus large, plus souple, plus sujette à évolution ? Désormais, la précision dans le droit ne suffit plus, c'est surtout le besoin d'adaptabilité qui l'emporte. Aussi, avons-nous vu, dans les derniers codes modernes, une forme de langage plus souple, plus large, se caractérisant souvent par son imprécision.

Il apparaît ainsi d'une façon indubitable qu'il existe des rapports profonds entre la forme et le fond ; elles se complètent l'une par l'autre et se modifient mutuellement. Aussi conçoit-on facilement qu'on ait pu parler avec raison « des mots témoins de l'histoire »¹, et voir dans la loi « un monument du langage »². En effet, c'est le langage qui détermine le caractère et les effets de la loi...

On voit dès lors toute l'importance qu'acquiert cette dernière section de notre chapitre et de notre travail. Le langage, moyen d'expression de la pensée, apparaît dès l'origine de celle-ci ; il évolue avec elle et se perfectionne avec son développement³. Son importance s'affirme aussi et surtout en matière de sciences sociales et de droit, qui sont appelées à commander et diriger les actions humaines. Par sa précision et sa clarté, le langage évoque à l'esprit de tous des images semblables à celles de la loi ; il assure par là son observation et la bonne réalisation du droit. On conçoit dès lors facilement toute l'importance, pour notre travail, des développements qui vont suivre.

A. — *Rôle historique*

318. Le langage, forme extérieure de la pensée, apparaît à la vie en même temps que celle-ci ; elle se développe et évolue avec elle. Ce principe unanimement

1. Ferdinand Brunot, *op. cit.*

2. Professeur Dr G. Kleinfeller, *Gesetz und Sprache*, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1912-1913, 6, p. 274 ; Baudouin, *Gazette des tribunaux* du 4 et 5 décembre 1911, col. 3.

3. Justus Wilhelm Hedemann, *Über die Kunst gute Gesetze zu machen*, *Festschrift Otto Gierke, zum Siebzigsten Geburtstag*.

affirmé apparaît d'une façon certaine si nous étudions l'évolution du langage dans le cours des temps.

On sait déjà, en effet, que le droit romain ancien, — limité à une cité, — ne s'appliquant qu'à un petit nombre de personnes et de choses, disposait d'un ensemble de mots très restreint.

Le domaine de la science juridique qui conservait encore souvent des signes de son origine religieuse s'appliquait à un nombre réduit d'actes et de faits, purement concrets. Le mot avait moins pour but d'exprimer la pensée juridique proprement dite, que d'attirer l'attention des parties sur l'acte qu'elles accomplissaient et d'assurer par là la conservation de son souvenir.

Aussi, voyons-nous employés dans des actes comme le Nexum et la Stipulatio par exemple, un nombre de mots et de signes toujours les mêmes ; ces mots, qui avaient pour but à l'origine d'exprimer l'image des actes accomplis, se conservaient encore par la suite, alors que leur caractère fictif était depuis longtemps reconnu. C'est l'époque du formalisme où le mot arrive à signifier beaucoup plus que la pensée. Celle-ci était d'abord incohérente, équivoque, elle n'était ensuite connue que par un cercle réduit de personnes ; aussi fallait-il que les mots par lesquels elle s'exprimait fussent de nature à impressionner ceux qu'elle devait régir ; ce n'est qu'ainsi qu'on pouvait assurer son application au plus grand nombre.

L'incompréhensibilité de la pensée et la force des mots de cette époque, expliquent un phénomène qu'on a souvent noté¹ ; l'« attachement aux mots » subsiste pendant très longtemps en droit romain, puisque Cicéron pouvait encore déclarer à son époque : « *in omni denique jure civili verbo ipsa tenerunt* »². Il résulte de ce qui vient d'être dit, que la pensée juridique limitée, souvent équivoque, de la première époque du droit

1. « L'importance du mot trahit le défaut de maturité du développement intellectuel. Ce phénomène s'observe dans le droit comme partout ailleurs. En tête de l'histoire du droit, on pourrait écrire cette épigraphe », Ihering, *L'esprit du droit romain*, t. III, p. 129.

2. Cic. pro Murena, C. 12.

romain, n'avait pour s'exprimer qu'un nombre de mots des plus réduits ; ceux-ci avaient moins pour but de la faire connaître, que de conserver le souvenir de l'acte accompli. Par leur teinte souvent religieuse, par leur caractère obligatoire, ils devaient s'imposer et impressionner l'esprit juridique peu développé d'un peuple d'agriculteurs.

Par la suite, sous l'influence du commerce et de la civilisation, nous voyons cet esprit juridique s'affiner ; la pensée juridique prend alors conscience d'elle-même et commence à se développer. Elle avait besoin pour cela d'une terminologie appropriée. Car quel que fût le désir d'employer le langage ancien aux faits juridiques nouveaux, il fallait reconnaître son impossibilité d'exprimer la pensée juridique évoluée.

Aussi, avons-nous déjà noté que les premiers juristes de Rome limitèrent leur travail à l'analyse et à l'établissement d'une terminologie propre. Ce n'est que par la suite, dans la deuxième époque du droit romain, lorsque cette terminologie fut déjà établie, que les jurisconsultes romains de la fin de la République et du Haut-Empire procédèrent à la recherche des principes supérieurs du droit ; ils y arrivèrent par les rapprochements et distinctions établis.

Cela se conçoit facilement ; il fallait commencer par fixer, par cristalliser la pensée juridique souvent incertaine, imprécise, avant de pouvoir s'en servir pour des constructions plus élevées. Cette fixation était impossible sans une terminologie appropriée.

Il apparaît donc ici à nouveau d'une façon indiscutable, l'importance de la terminologie juridique dans le développement du droit ; elle sert à fixer, à préciser des notions, à simplifier la multiplicité des faits par l'établissement d'un terme commun ; elle ne sert désormais plus seulement pour attirer l'attention des parties sur l'acte qu'elles accomplissent, ou pour en conserver le souvenir ; elle permet à la pensée juridique de se détacher de ses applications concrètes pour acquérir une

valeur propre. Les règles du droit apparaissent dès lors, non plus confondues avec les formes matérielles, mais comme des dispositions de principe.

On comprend facilement que tout ce développement n'ait pu s'affirmer que grâce au moyen du langage. C'est ce que les juristes romains ont toujours compris ; aussi, la définition des termes, l'étude des mots et des constructions syntaxiques, tiennent encore une grande place dans leurs travaux de l'époque classique du droit¹. Il suffit aussi de parcourir le Digeste, où, en dehors d'un titre spécial consacré à la matière *De verborum significatione*, nous trouvons un ensemble de textes dans lesquels les juristes classiques précisent le sens d'un grand nombre de termes².

Le besoin d'un langage clair et précis, écartant les difficultés et controverses qui peuvent naître pour l'interprétation de l'emploi de termes équivoques et obscurs, a été perçu par les juristes romains. La connaissance d'un droit qui se développait, ne pouvait plus être restreinte à un nombre réduit de personnes ; il fallait en élargir l'application, en facilitant la compréhension par une forme précise et claire ; elle seule permet de préciser, d'évoquer à l'esprit la règle de droit établie.

Cela était d'autant plus nécessaire qu'on a depuis longtemps noté que le droit romain contenait un grand nombre de termes populaires et étrangers (surtout des termes grecs) ; il fallait bien limiter le sens des premiers, définir celui des seconds. Nous verrons par la suite les difficultés et contradictions qui peuvent résulter du langage populaire ; les Romains ont su les écarter souvent, par le sens précis qu'ils leur accordaient ; il en est de même pour les mots étrangers, dont les textes des jurisconsultes donnent souvent la définition³.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet du développement du langage dans le Droit romain ; le langage

1. « Juristes et philologues composent des traités » de verborum significatione ». Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, t. II, p. 39.

2. V. nombreux exemples cités. Cuq, *op. cit.*, p. 39.

3. V. Cuq, *op. cit.*, t. II, p. 39.

devait par la suite s'affiner, pour devenir la forme d'expression de la pensée juridique évoluée ; il la précise, l'exprime et évolue avec elle, ce qu'il perd en pouvoir d'évocation mystique, il le gagne en précision, en conformité à la réalité. Il ne pouvait que faciliter par là, le rôle pratique de la loi.

Grâce à cette terminologie, les jurisconsultes romains ont pu cristalliser un ensemble de notions ; ce qui leur a permis ensuite de procéder à leurs constructions principales de droit.

Cela dit, avant d'aller plus loin, nous tenons à ajouter quelques développements au sujet de l'importance de cette terminologie romaine dans le droit moderne.

L'importance de la terminologie romaine dans le droit moderne apparaît d'une façon indiscutable ; nous le verrons par la suite lorsque nous parlerons du caractère national ou étranger du langage. Elle a servi de source à un grand nombre de mot qui ont passé dans le courant habituel du vocabulaire de nos codes. Il en est ainsi notamment pour la matière des Obligations, où la terminologie employée est nettement romaine. Nous nous contentons de rappeler cela ici, nous proposant d'y revenir par la suite.

Ce sur quoi nous voulons insister, comme conclusion à ce que nous avons déjà dit, c'est que l'histoire du droit romain nous offre un excellent modèle de l'évolution de la langue juridique avec la pensée qu'elle exprime ; cela non seulement par les phases différentes de son évolution, (celle du formalisme et celle de l'époque classique), mais aussi en nous faisant percevoir « comment, sous la végétation du vieux langage technique, on peut obtenir constamment une nouvelle poussée de termes qui permette d'exprimer de nouvelles conceptions légales, et prenne la place des technicalités antérieures, à mesure que celles-ci tombent en désuétude ¹. »

1. Summer-Maine, *Le droit romain et l'éducation juridique*; v. aussi Saleilles, Un nouveau livre sur la cession des dettes (*Etude sur le transport des dettes à titre particulier*, par Eugène Gaudemet, 1898) (*Ann. de droit commercial*, 1899, t. XIII, p. 92).

Il présente par là, pour le jurisconsulte moderne, un champ d'expérimentation et d'enseignement indiscutable ; il lui montre la valeur relative du procédé technique qu'est le langage, l'impossibilité où l'on est de lui conférer une force absolue, sans courir le danger de ne conserver qu'une forme vide dénuée du sens de la réalité. Le mot ne sert donc plus dès lors seulement à préciser la pensée juridique ; il doit acquérir une forme suffisamment souple pour évoluer avec elle. C'est ce que les juristes de la fin de la République et de l'époque du Haut-Empire ont compris ; ils ont conféré à leur technique non seulement une précision et une clarté suffisantes, mais une maléabilité qui lui a permis de subsister pendant des siècles. Elle est due au fond nettement populaire de ses termes ; aussi, ne comprenons-nous pas qu'on ait vu « une cause d'impuissance » dans ce caractère¹ et qu'on ait affirmé la supériorité des constructions de la doctrine moderne.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de l'importance de l'histoire du droit romain dans la formation du langage moderne.

Si nous passions maintenant à l'étude du rôle historique du mot dans l'ancien droit, nous verrions que la forme d'expression de nos Codes civils modernes a été souvent établie d'une façon inconsciente dans les siècles qui ont précédé leur rédaction.

C'est ainsi notamment que le Code civil français a suivi, — tout en le dépassant, — le langage clair, précis, employé par Pothier dans ses ouvrages ; il a une forme nettement pratique, ce qui s'explique par la nature propre de ceux qui avaient contribué à la formation de cette terminologie² ; de là aussi la disparition de la teinte souvent religieuse qu'avait acquis la terminologie juridique sous l'influence du droit canonique. On a enfin souvent noté, — nous le verrons plus tard, — que, grâce aux

1. Ihering, *Du rôle de la volonté dans la possession*, p. 36.

2. V. H. Lévy-Ullmann, *Discours sur le Code civil*, Université de Lille, 1904.

travaux des jurisconsultes des trois derniers siècles qui précédèrent la rédaction du Code civil, il s'était formé une langue unitaire ayant puisé sa source dans le fond romain et coutumier ; c'est elle qui passa dans le Code civil et lui donna une frappe nettement originale.

Il résulte de ce qui vient d'être dit que le besoin d'une terminologie appropriée pour assurer une bonne rédaction de la loi a été ressentie dans l'ancien droit français ; certes, nous ne trouvons pas un nombre de travaux semblables à ceux du droit romain, destinés à définir le sens précis des mots. Cela s'explique d'abord parce qu'un grand nombre de termes juridiques avaient reçu une frappe définitive dans le droit romain. Ensuite le besoin d'avoir une terminologie propre a été ressenti d'une façon inconsciente ; les juristes y ont travaillé d'une manière latente pendant des siècles ; leurs travaux contiennent souvent des définitions de mots qui sont passés par la suite dans le Code civil français. Il nous paraît aussi intéressant de rappeler que la fin de l'ancien droit devait donner naissance à des travaux d'ensemble établissant d'une façon péremptoire la nécessité d'un bon langage pour aider à l'expression de la pensée juridique¹.

Le langage apparaît donc dans l'ancien droit français pour préciser, fixer le sens de la pensée juridique. Son rôle plastique, que nous avons vu lui appartenir dans l'époque primitive de la vie juridique, n'a pas complètement disparu ; en excluant du Code un grand nombre de termes pouvant rappeler des institutions juridiques périmées², le législateur français prouvait que le mot pouvait encore avoir, même à notre époque de développement culturel et juridique, un rôle symbolique. Ce caractère résulte encore, si nous nous rappelons que le droit anglo-saxon emprunte une grande part de son vocabulaire technique « à un français médiéval de la Normandie, depuis longtemps fermé, même en France, à la

1. V. notamment Montesquieu, *L'Esprit des lois*, XXIX, chap. 16.

2. V. Ferdinand Brunot, *op. cit.*, p. 18.

compréhension des non-initiés¹ » ; le caractère plastique d'un tel langage n'est pas toujours absent.

Tel est ce que nous proposons de dire au sujet du rôle historique du langage ; il résulte de nos développements que le langage, forme d'expression de la pensée, apparaît et se développe en même temps que cette dernière. Il est appelé à la fixer et préciser, il lui permet de prendre conscience d'elle-même et de s'exprimer au dehors. Enfin, il s'en détache souvent pour devenir une forme vide de sens ; le rôle de symbole, qui existait surtout aux premiers siècles de la vie juridique, apparaît encore quelquefois aujourd'hui. Le langage acquiert dès lors une valeur propre et peut donner lieu à de grands dangers comme d'ailleurs tout procédé similaire de technique législative.

Nous avons vu que le droit, pour pouvoir évoluer, a besoin d'une forme propre d'expression ; ce besoin, qui s'est manifesté à Rome, apparaît aussi dans l'ancien droit. En France, il donne naissance à un langage unitaire, issu de fonds différents, mais ayant reçu une frappe originale. Dans le droit allemand, le développement du droit des Pandectes et l'absence d'une science juridique allemande ont empêché pendant longtemps cette création. Aussi verrons-nous par la suite les difficultés auxquelles cette absence a donné lieu lors de la rédaction du Code civil allemand. Nous terminons ainsi ce que nous avons à dire au sujet du rôle historique du langage, nous passons maintenant au deuxième problème que nous nous proposons de résoudre dans cette section et qui portera sur la nature du langage.

B. — *Nature du langage.*

319. Nous avons déjà dit dans nos développements précédents que le langage est le principal procédé de technique législative en ce qu'il est l'instrument de précision et d'évocation de la pensée juridique.

1. Lambert, *Introduction à l'étude des Codes soviétiques.*

330. Comme tout procédé de technique législative, le langage est destiné à simplifier, à préciser, à exprimer enfin le sens de la pensée juridique ; ce rôle accompli, par les caractères généraux de la pensée ou du concept qu'il traduit, il doit éveiller chez tous ceux à qui il s'adresse des mouvements intellectuels analogues à ceux ressentis par celui qui parle¹. Il paraît ainsi semblable aux moyens techniques déjà étudiés ; il s'en distingue cependant en ce que le caractère artificiel, construit, a une importance beaucoup moindre en notre matière qu'ailleurs. Le langage naît en effet en même temps que la pensée, pour lui permettre de se fixer et de prendre conscience d'elle-même ; tant que cela n'a pas été fait, l'idée ne peut s'affirmer à la vie.

Si cela est vrai, il faut cependant reconnaître que l'élément artificiel n'est pas absent du langage et à plus forte raison de la terminologie juridique. Nous verrons plus tard, lorsque nous étudierons le caractère populaire ou technique que doit avoir une telle terminologie, dans quelle mesure elle est le résultat d'une création spontanée et dans quelle autre elle provient du travail du législateur.

Il suffit de constater pour le moment que, tant que la clarté, la fixité et la précision du langage juridique ne sont pas assurées, celui-ci ne peut répondre à son but de réalisation du droit par la loi.

On a déjà souvent dit que les rapports profonds qui existent entre le fond et la forme font que toute obscurité et contradiction de cette dernière réagissent nécessairement sur le fond. Elles empêchent en effet le langage d'accomplir son rôle d'évocation ; les mouvements intellectuels qu'il éveille sont souvent équivoques, incohérents. De là toutes les difficultés d'interprétation auxquelles il peut donner lieu.

La fixité de la terminologie juridique est nécessaire

1. Cette fonction était déjà reconnue au langage par Bentham, qui déclarait « qu'il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées ». (*Vues générales d'un corps complet de législations*, chap. XXXIII).

parce que tout mot est enclin à dégénérer, à perdre sa valeur, à modifier son sens premier. On conçoit facilement les inconvénients qui pourraient en résulter. Aussi avons-nous déjà souvent vu l'importance du rôle que la définition juridique est de plus en plus appelée à avoir, pour la précision du langage, dans nos Codes.

L'imprécision du langage provient de l'impossibilité d'avoir des mots suffisants pour toutes les idées à exprimer ; de là le besoin d'employer souvent des mots à sens multiples. En effet, si, en principe, toute pensée juridique suppose la présence de termes appropriés qui l'expriment, il n'en est pas toujours ainsi dans la réalité ; les mots retardent ou avancent souvent sur la pensée. De là, un véritable déséquilibre qui résulte de l'emploi des mots impropres. Ici encore, le besoin de l'intervention du législateur paraît indiscutable ; le mot n'accomplit plus dans ce cas son rôle propre, aussi doit-il être écarté de nos Codes.

En résumé, par la précision et la limitation qui lui sont propres, le langage permet à la pensée juridique de s'affirmer, il facilite les constructions principales du juriste ; aussi, avons-nous déjà vu que les juristes romains ont commencé par établir une terminologie précise avant de procéder à leurs classifications. Enfin, il fixe les idées abstraites et générales établies par le législateur ¹.

On perçoit, dès lors, l'importance de ce moyen technique, puisque sans lui pas de précision possible de la pensée du législateur, pas de développements dans le droit.

Il apparaît donc normal qu'on ait vu dans la loi un « monument du langage ² » et qu'on en ait fait dépen-

1. V. P. Regnaud, *L'origine des idées*, p. 247.

2. Professeur Dr G. Kleinfeller, *Gesetz und Sprache*, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1912-1913, 6, p. 274 ; Professeur Dr G. Kleinfeller, *Gesetzgebung und Rechtsprechung*, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, I, 1907-1908, p. 208 ; V. aussi Hermann Weck, *Die Sprache im Deutschen Recht*, 1913, p. 11 ; G. Rousset, *Codification*, *Revue crit. de légis. et de juris.*, 1856, t. IX, p. 329 ; Kohler, *Lehrbuch des B. G. B.*, t. I, p. 133 ; Gény, *Science et technique*, t. III, qui tout en relevant les rapports profonds qui existent entre la pensée et le langage, voit dans ce dernier « un procédé *sui generis* de technique juridique » (p. 448-449). V. p. 455 où l'au-

dre le caractère et les effets de la loi.

Nous avons dit cependant que, pour y arriver, le langage doit présenter lui-même une clarté, une fixité et une précision suffisantes ; nous nous contentons de rappeler ici simplement l'importance de ces caractères, nous proposant d'y revenir par la suite.

321. Dans l'accomplissement de la fonction qui lui est propre, le langage emploie *des mots simples* et *des constructions grammaticales*.

La forme première par laquelle s'exprime l'idée juridique est le mot ; celui-ci doit donc suffire en principe pour la préciser et l'évoquer, pour la fixer et en permettre l'emploi. Produit logique de la pensée, il est en fonction du caractère essentiellement national du droit. Attaché à l'idée qu'il exprime, il évolue en même temps qu'elle ; il sert en plus de base et de soutien aux constructions grammaticales du langage.

La pensée juridique ne se présente pas en effet à l'état d'idée particulière, simple, séparée ; elle nous offre, au contraire, un grand nombre d'images, de pensées juridiques qui doivent se combiner entre elles pour donner naissance aux règles juridiques proprement dites¹.

L'importance de ces constructions grammaticales apparaît surtout pour le législateur ; il peut s'en servir pour indiquer non seulement le caractère positif ou négatif, permissif ou prohibitif de ses règles, mais encore leur nature supplétive ou impérative. Nous avons vu, lorsque nous avons parlé de la nature des règles législatives, que

teur constate que « la technique juridique aboutit pour la plus grande part à une question de terminologie » ; Colmo, *Tecnica legislativa del Codice civil argentino*, 2^e éd. Buenos-Aires, 1927, p. 215, qui constate que « les relations réciproques entre le langage et la pensée sont si intimes, qu'il n'y a pas à proprement parler pensée sans langage, comme il n'y a pas de langage qui ne corresponde pas à une pensée. Il résulte de là que la pensée bien exprimée détermine sans le vouloir un corrélatif de bon langage et que le langage flexible et beau contribue aussi à la formation de la pensée, à l'intensification et à l'expansion de cette pensée ; v. aussi même sens Charles Beudant, *Traité de droit civil français*, Introduction, t. I, 1896, p. 3, qui constate que : « dans les sciences morales surtout, et le droit en est une, il est vrai de dire qu'une bonne méthode n'est en grande partie qu'une langue bien faite ».

1. V. Max veil, *Interprétation of statuts*, London, 1912, qui demande que « les phrases soient construites suivant les règles de la grammaire » (p. 3) ; V. aussi Darmsteter, *La vie des mots*, p. 21.

la tendance de distinguer le caractère absolu ou relatif des normes législatives, par l'emploi d'une forme de construction spéciale, a disparu aujourd'hui presque complètement de nos Codes. Ce n'est qu'ainsi qu'on peut leur assurer une souplesse suffisante dans leur évolution. Il en est de même de la forme employée par certains Codes pour indiquer à qui appartient la charge de la preuve ; car, ici encore, on arrive, lorsqu'on l'emploie, à des complications et insuffisances. Quoi qu'il en soit les constructions grammaticales conservent toute leur importance pour faciliter la précision et l'évocation de la pensée.

Sans nous arrêter maintenant aux qualités littéraires des constructions techniques qui facilitent leur fonction, nous dirons que de la façon dont elles seront réalisées dépendront pour beaucoup la souplesse, la compréhensibilité, enfin la bonne réalisation de la loi elle-même ¹.

Nous verrons par la suite quel doit être le caractère dominant de ces constructions, si l'élément populaire ou technique devra l'emporter ; nous nous contentons de constater pour le moment que les constructions grammaticales sont des formes logiques de l'esprit qui les établit suivant le but pratique qu'elles sont appelées à satisfaire.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la composition du langage. Celui-ci se compose de mots et de constructions ; tous deux sont des produits logiques de notre esprit, établis en fonction du caractère national du droit qu'ils expriment et du but qu'ils ont à atteindre. En principe, le mot est la forme première de la pensée juridique, il doit réunir les qualités suffisantes pour la fixer et l'évoquer. Il est cependant à la base des constructions grammaticales qui tendent à développer et à faciliter la fonction du langage.

322. Il résulte de ce qui vient d'être dit que le langage, — comme tout procédé de technique législative, — a une

1. Ray, *Essais sur la structure du Code civil*.

double fonction à accomplir. Il est un procédé technique en ce qu'il assure la réalisation de la pensée juridique. Il le dépasse cependant en ce qu'il est intimement lié à la pensée ; toute amélioration en matière de langage rétroagit immédiatement sur le fond.

Un bon langage est de plus une condition nécessaire à l'existence des autres procédés techniques ; on comprend en effet facilement que, « sans un vocabulaire précis, on ne peut exposer clairement les théories ou formuler des dispositions juridiques ¹ ».

De ce double caractère résultent des dangers similaires à ceux déjà rencontrés en matière technique. Ils consistent à accorder au langage une valeur propre, indépendante du but qu'il est appelé à satisfaire. Il y a là une véritable déformation de l'esprit qui consiste à accorder une valeur absolue aux procédés logiques qu'il crée ². Or, si cela pouvait encore se concevoir aux premiers siècles du développement juridique où le formalisme était seul en état d'accorder la sécurité suffisante, il n'en est plus de même aujourd'hui ; le droit est sorti du cercle restreint, pour élargir son domaine de compréhension. Les mots ne doivent plus que la faciliter, ils n'ont pas de valeur propre. Aussi, doit-on écarter la façon de penser « à des mots plutôt qu'à des choses ³. ». Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet de la nature du langage.

C. — *Ses caractères.*

323. Nous avons séparé les caractères proprement dits de la nature du langage afin de les mieux étudier et de faciliter en même temps notre examen. On sait, en effet, que les questions auxquelles ils donnent naissance sont des plus nombreuses et d'une importance telle que de

1. Jean Valloir, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, p. 14.

2. Nous l'avons déjà rencontrée à l'occasion de tous les procédés techniques aussi, n'y insisterons-nous pas.

3. V. Discours Henri Bergson, cité par Michel Missoffe, *La vie volontaire d'André Tardieu*, Paris, 1930, p. 25.

leur bonne solution dépendra souvent pour beaucoup la valeur du travail entrepris.

Nous placerons dans une première partie l'ensemble des questions se référant au caractère technique ; l'importance du langage populaire et juridique dans la loi, — leur nature, — les avantages et inconvénients qui en résultent. Nous nous proposons de conclure en montrant quelle doit être la contribution de chacun d'entre eux dans la rédaction de la loi. Tel sera l'objet de notre première partie de cette sous-section.

La question de la technicité du langage résolue, il nous restera à étudier les caractères littéraires qui lui sont propres. On a en effet depuis longtemps reconnu que tout travail de technique législative doit réunir un ensemble de conditions nécessairement existantes dans toute œuvre littéraire. Aussi nous proposons-nous d'étudier, sous le titre de qualités littéraires du langage, quelles sont ces conditions, quelle est leur importance dans la rédaction d'un bon langage, enfin, quels sont les procédés nécessaires pour l'obtenir.

Les caractères techniques et littéraires du langage établis, il ne nous restera plus que de dire quelques mots au sujet d'un autre caractère de la loi qui résulte des deux premiers. Nous voulons parler du caractère national de celle-ci.

Tel est l'ensemble des questions que nous nous proposons d'étudier dans cette sous-section.

324. Caractère technique. — Il a été déjà suffisamment dit jusqu'à présent pour comprendre que toute étude sur le langage pose nécessairement un ensemble de questions purement techniques se référant à la question de savoir si le langage de la loi doit être le produit instantané de la pensée ou bien s'il est le résultat du travail conscient, voulu du législateur. La question peut se poser tant par rapport aux mots que par rapport à la construction grammaticale du langage. On comprend que, dans le deuxième cas, le langage est plus fixe, plus précis, moins

sujet à évolution ; il offre par là plus de sécurité aux besoins juridiques de la vie.

Nous savons cependant qu'un tel langage ne peut exister seul dans le Code ; le besoin de l'évolution, de l'adaptation constante du texte légal aux changements et à la mobilité de la vie, demande de lui conférer plus de souplesse. De là, le besoin pour le législateur de faire souvent appel au langage populaire. Qu'entend-on par là ? Dans quelle mesure peut-il intervenir dans la rédaction de la loi ? C'est ce que nous nous proposons de dire maintenant en étudiant dans deux paragraphes successifs : le rôle du langage juridique et populaire dans la loi.

325. *Langage juridique dans la loi.* — Le besoin d'un langage spécial pour exprimer la pensée juridique paraît à première vue d'une façon incontestable ; en effet, « chaque groupe social, chaque sphère, en dehors d'une petite masse de termes communs, a son langage propre ¹ ». On ne voit pas dès lors pourquoi le droit dérogerait à une telle règle paraissant à première vue avoir un caractère tout général.

Nous savons en effet que toute science a un langage spécial ; à mesure qu'elle se développe, elle exige un progrès analogue dans celui-ci qui se sépare ainsi de plus en plus du langage habituel ². Pourquoi en serait-il dès lors autrement en matière de droit ?

Si cela est vrai, il faut cependant ajouter que le droit se distingue des autres sciences en ce que, tout en ayant

1. Ferdinand Brunot, *Les mots témoins de l'histoire*, op. cit., p. 10.

2. C'est ce que constate aussi P. Regnaud, *L'origine des idées*, lorsqu'il dit : « Le savoir et le langage s'avancent de concert vers une détermination sans cesse plus vraie de la nature des choses. Rien ne saurait mieux le marquer que l'écart de plus en plus grand qui s'établit entre la rhétorique et le culte des vieilles formules imprécises et vagues et la langue de la science dont tous les efforts tendent à serrer toujours de plus près l'expression de la vérité » (p. 47) ; v. même sens Stuart Mill, *Système de logique*, p. 256 ; v. aussi au sujet de l'importance du langage pour la science : Picard, *Les constantes du droit*, p. 93 : l'auteur cite à l'appui de sa théorie l'opinion de Renan et de Gustave Le Bon, *Evolution de la matière*, 1906, p. 107, cités p. 93, note 1 ; V. aussi Ihering, *L'esprit du droit romain*, t. III, p. 24, n° 8 ; Gény, *Science et technique*, t. III, p. 460.

besoin d'un langage spécial, à part, la particularité de celui-ci, se trouve, non pas tant dans l'emploi de tournures et de mots spéciaux, mais dans le besoin de limiter, de préciser la terminologie qu'il emploie¹. Cela s'explique par son caractère distinct des autres.

On a cependant prétendu quelquefois que si le langage juridique ne peut rapprocher par sa précision celui des mathématiques², qui est basé sur des signes spéciaux, il pourrait, tout en employant le langage ordinaire, avoir « sa nomenclature propre, adéquate », laquelle résumerait les « divers préceptes primaires et fondamentaux » ; on arriverait ainsi à créer un « véritable alphabet juridique³ ». Il y a sans doute beaucoup de vérité dans cette affirmation ; une nomenclature propre faciliterait la classification, dans le droit et ne pourrait qu'aider à son développement⁴. Mais il ne faut pas oublier

1. V. même sens Hermann Weck, *Die Sprache im Deutschen Recht*, 1913, p. 123; Mayer, *Le droit administratif allemand*. Observations générales touchant à la terminologie, t. I. Préface à l'édition allemande, qui constate ce besoin pour le droit public, p. XIX; Professeur Dr G. Keinfeller, *Gesetz und Sprache*, *op. cit.*, p. 279; Gény, *La technique législative. Livre du Centenaire*, t. II, 1904, p. 999, p. 1037; Crome, *Système des B. G. B.*, t. I, p. 69; P. Van Bemmelen, *Notions fondamentales du droit civil*, 1892, p. 60.

2. Colmo, *op. cit.*, qui établit une distinction nette entre les deux langages : « en mathématiques il n'y a que neuf signes, 1-9, sur lesquels on se base. Il n'est pas possible en droit d'employer un langage propre avec des signes spéciaux; un concept, quel qu'il soit, est trop complexe pour être symbolisé par un signe spécial » (p. 216); v. cependant en sens contraire, Summer Maine, qui demande de « réduire un langage quelconque, pour le service du droit, à l'état de symbole algébrique » (cité d'après Gény, *Science et technique*, t. III, p. 463, note 1).

3. V. Colmo, *op. cit.*, p. 217. V. aussi même auteur, bibliographie citée p. 218. C'est ce que croyait déjà Stuart Mill, *op. cit.*, lorsqu'il disait : « Je doute que des pensées originales sur des questions morales et sociales aient jamais pu faire leur chemin dans le monde ou prendre toute leur importance dans l'esprit de leur auteur, avant que des mots ou des phrases convenablement choisis, les aient pour ainsi dire, solidement cloués » (p. 255); v. aussi Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, p. 24; Ihering, *Du rôle de la volonté dans la possession*, p. 37; Summer Maine, *Le droit romain et l'éducation juridique*; Gény, *Science et technique*, t. III, p. 453, note 2.

4. C'est ce que constate aussi Jean Valloir, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, lorsqu'il déclare : « ...l'établissement d'une bonne classification suppose une terminologie rigoureuse et ce point nous semble avoir été jusqu'ici trop négligé par les juristes. Comment pourrait-on, sans un vocabulaire précis, exposer clairement une théorie ou formuler des dispositions juridiques bien nettes ? Les mots ne sont pas seulement les signes des catégories abstraites, leurs étiquettes; ils sont en même temps les cloisons qui les séparent, les casiers qui permettent de les manier. D'une part, les mots circonscrivent et délimitent l'idée, mais ils sont en outre l'instrument nécessaire à la pensée » (p. 14-15); V. même sens Hermann Weck, *op. cit.*, qui constate que : « Créer le droit est un art et aussi un art du langage » (p. 15); Colmo, *op. cit.*, p. 217. L'auteur demande de créer en matière juridique une nomenclature propre, comme en matière de géologie, botanique, etc.

que la science juridique est une science sociale, soumise comme toute autre de même nature à la mobilité et aux changements de la vie.

Le droit a ainsi besoin à chaque instant de termes nouveaux qu'il ne peut aller chercher ailleurs que dans le langage commun. De plus, il ne faut pas oublier qu'il est avant tout une science pratique ; il n'existe que pour se réaliser. Appelé à régler les rapports sociaux, il doit le faire en termes suffisamment clairs pour être facilement compris de tous. C'est ce que nous verrons par la suite.

Nous nous contenterons de constater pour le moment que le langage juridique doit se distinguer des autres par son caractère de précision et de fixité.

Cela est d'autant plus nécessaire que la terminologie qu'il emprunte à la pratique présente souvent un caractère vague, à contours peu précis ; de nombreuses circonstances s'opposent en effet à conférer aux termes communs une fixité trop grande. La vie avec son mouvement continu a besoin à chaque instant de termes nouveaux pour l'exprimer ; de là la nécessité, dont nous avons déjà parlé, d'employer des termes anciens pour exprimer des vérités nouvelles, de là aussi la déformation incessante du langage habituel.

Aussi a-t-on toujours demandé que le législateur limite, dans une mesure plus ou moins large, le sens des termes qu'il emploie ; car, on le conçoit facilement, le langage juridique ne peut se contenter d'une telle variation ; la sécurité dans le droit et dans la vie en souffrirait.

Il s'agit maintenant de savoir quels sont les procédés propres à assurer cette fixité et cette précision ?

On connaît déjà le moyen qui consiste à définir le sens des mots employés dans le texte. On arrive ainsi à assurer l'uniformité dans le langage au point que tout mot employé a un sens précis, bien déterminé. Ce procédé, qui a été surtout employé par le législateur allemand, existe aussi quelquefois, comme nous le verrons par la suite, dans le Code civil français.

Il présente le grand avantage d'assurer par la précision qu'il établit, une sécurité suffisante dans le droit. En accordant un sens défini, toujours le même, aux mots auxquels il s'applique, il écarte les obscurités du langage qui résultent de la multiplicité des sens accordés par la pratique ; il allège en même temps la rédaction de la loi, en permettant l'emploi multiple de l'expression une fois définie et en évitant ainsi les redits ¹. Il simplifie la loi et facilite en même temps notre compréhension.

On ne peut cependant employer ce procédé que pour un nombre restreint de termes ; on conçoit, en effet, facilement, qu'employé d'une façon abusive, il risque de rompre la beauté du langage et d'augmenter démesurément l'étendue du texte de loi. Même ainsi, ce procédé ne pourrait être employé pour fixer le sens de la multitude des mots nouveaux existant dans le Code et n'ayant pas de fixité, ni de précision suffisante ².

Aussi, le restreint-on aux cas plus importants et ne l'applique-t-on pas aux termes contenant des applications multiples et devant conserver dans chacune d'entre elles un sens distinct ; en écartant la fixation ou la précision directe du terme, pour ces autres cas, on se contente d'établir le sens du mot par l'ensemble dans lequel on l'emploie.

On voit apparaître ici l'importance des constructions grammaticales du langage ; elles servent souvent à fixer le sens des termes. Le besoin de leur bonne construction

1. Hermann Weck, *op. cit.*, p. 18 ; Rudolf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, 1911, p. 151 ; Appert, Commission de révision du Code civil et sous-commissions réunies, Rapport sur les obligations solidaires, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1910, p. 155.

2. Aussi ne pouvons-nous admettre le système, quelquefois soutenu par de très distingués auteurs, qui consisterait à placer à la fin du Code civil un titre spécial destiné à établir le sens de la totalité des « expressions qui n'ont pas été particulièrement fixées dans le corps du Code ». Tel est le cas du Code civil de la Louisiane, aux Etats-Unis, qui consacre dans sa dernière partie, un « Titre de la signification des mots ». V. Professeur Rodrigo Octavio, La Codification du droit civil au Brésil. I. Teixeira de Freitas et l'unité du droit privé (conférence tenue à la Fac. de droit de l'Université de Paris, 26 mai 1930), *Rev. trim. du droit privé*, 1930, p. 744, qui trouve l'origine de cette idée dans « les deux titres du Digeste : De verborum significatione et de diversis regulis juris antiqui ».

est des plus importants, puisque toute lacune, toute équivoque en cette matière peuvent entraîner les pires ambiguïtés et difficultés dans l'interprétation de la loi¹. Aussi a-t-on quelquefois demandé que le législateur s'efforce « d'agencer simplement et fortement ses phrases, ses constructions grammaticales ou syntaxiques, en vue de couper court aux échappatoires qui permettraient de glisser entre les mailles des préceptes² ».

Le sens des mots ne résulte pas ici directement d'une définition établie par la loi, mais de l'ensemble de la tournure de syntaxe. En accordant à celle-ci un sens déterminé, toujours le même pour des cas pareils, le législateur arrive à conférer une précision suffisante non seulement au tout, mais à chaque mot de la construction.

Nous tenons aussi à ajouter que certaines législations ont essayé de donner un sens précis aux tournures du langage, de façon à limiter par là les pouvoirs des parties et à réglementer le moyen de preuve³, ou encore à indiquer le caractère impératif ou supplétif, prohibitif ou permissif de la loi. On a voulu éviter par là « les tâtonnements de la jurisprudence⁴ ». Nous avons vu cependant, nous le verrons bientôt à nouveau, que les toutes dernières législations modernes écartent en cette matière toute distinction.

1. Maxwell, *op. cit.*, p. 3; Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 92; Beudant, *op. cit.*, p. 3; Professeur Dr G. Kleinfeller, *Gesetzgebung und Rechtsprechung un Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, I, 1907-1908, p. 199.

2. Gény, *op. cit.*, t. III, p. 464.

3. « Ayant égard aux difficultés de la doctrine, le Code civil allemand a réglé, dans un grand nombre de cas, la charge de la preuve par des dispositions positives, — soit expressément, art. 179, 282, 358, 442, 2336, — soit indirectement par la forme grammaticale des dispositions en question, par exemple; la simple phrase conditionnelle attribuée à celui-là, la charge de la preuve qui invoque les motifs spéciaux d'un effet juridique mentionné dans cette disposition, art. 109, al. 2, 123, al. 2, 234, 392, 873, al. 2, 1141, 1344, 1396, al. 2, 1435, 2025. Par contre, le fait que des restrictions ou exceptions d'une règle légale ont été ajoutées (*ausgenommen*, *ausgeschlossen*, *es sei den*, ou d'un terme semblable) attribuée à l'adversaire la charge de la preuve en ce qui concerne la restriction : art. 4, al. 2, 153, 173, 206, al. 2, 273, al. 2, 687, 793, 876, 911, 935, al. 2, 1156, 1319, 1345, al. 2, 1416, al. 2, 1521, 1527, 1795, etc. Celui qui invoque les faits juridiques, intervenus à la suite d'une telle règle, n'a qu'à prouver les faits contenus dans l'avant-phrase. Toutefois, il ne s'agit ici que d'indications qui ne valent pas pour tous les cas » (Crome, *System des B. G. B.*, t. I, 1900, p. 562).

4. Gény, *La technique législative. Livre du Centenaire*, 1904, t. II, p. 999;

Tels sont les différents moyens par lesquels on arrive à préciser, à fixer le sens des mots ou des phrases. En leur conférant un sens toujours le même, on arrive à assurer le maximum de sécurité, on augmente la clarté des idées et on en simplifie l'usage¹. On a souvent affirmé que cette technique était la seule possible à notre époque moderne qui demande une précision plus grande pour pouvoir correspondre à la complexité de la vie.

Quant aux raisons, elles ont été souvent énoncées. Il a été dit que le principe de base auquel tout texte législatif doit répondre est celui de la sécurité nécessaire dans le droit. Or, l'imprécision dans le langage, en détruisant cette sécurité, arrive à enlever toute raison d'être à la loi. Aussi, les auteurs qui soutiennent le besoin d'un langage spécial pour la loi invoquent la stabilité et la sécurité juridique qui en résulteraient²; celle-ci, disent-ils, doit passer avant toute considération de beauté de langage ou autre raison semblable³.

Il y a certes beaucoup de vérité dans cette affirmation ; il suffit de nous rappeler, pour nous en rendre compte, des difficultés qui ont résulté pour la pratique des nombreux termes dont le sens exact n'était pas toujours bien établi. Tel est notamment le cas des expressions employées par le Code civil français et se référant à la

1. C'est ce que constate aussi Hermann Weck, *op. cit.*, lorsqu'il dit : « la précision dans le droit ne peut être atteinte que si ces mots ont toujours un sens égal et bien établi, — et si à une notion correspond un seul mot. La fixation des notions par des mots déterminés épargne ce qui ennuie et fatigue : des reproductions et des malentendus. Sous l'emploi clair et uniforme des mots, la particularité du langage juridique est fondée » (p. 18-19); c'est ce que pensait aussi, au siècle dernier, G. Rousset, lorsqu'il demandait « de réduire à la plus simple expression d'une formule-type les textes de même nature », Codification, *Rev. crit. de lég. et de juris.*, 1855, t. IX, p. 330; cette idée se retrouve d'ailleurs déjà chez Bentham, *op. cit.*, dans son chapitre sur « Le style des lois », chap. 31; v. aussi Géný, *Science et technique*, t. III, p. 454, 455; Colmo, *op. cit.*, p. 218; Zitelmann, *Die Kunst der Gesetzgebung*, 1904 : « une des nécessités principales de la loi, est la sécurité de la terminologie, c'est-à-dire de nommer toujours les mêmes choses par les mêmes mots et de choisir toujours les mêmes locutions » (p. 17); R. Bierling, *op. cit.*, p. 446; v. pour l'Angleterre, même sens, Maxwell, *op. cit.*, p. 2-3.

2. Géný, *Science et technique*, t. III, p. 484-485; Courtney Jbert, *The Mechanics of law making*, 1901, p. 118; Dr Plank, *Zur Kritik des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsch Reich*, *Archiv für die Zivilistische Praxis*, 1889, 75, p. 425; Colmo, *op. cit.*, n° 112, p.

3. Plank, *op. cit.*, p. 426.

nullité, l'annulabilité, nullité absolue, nullité relative, nullité de droit, nullité de plein droit, révision, dont nous ne trouvons nulle part un sens précis et déterminé¹.

On perçoit facilement que, dans ces cas, l'établissement d'un sens fixe, toujours le même, aurait allégé pour beaucoup le travail de l'interprète et aurait conféré en même temps plus de sécurité à la vie juridique. On saisit là sur le vif l'intérêt que présente l'existence dans le Code d'un langage technique précis.

Il faut cependant reconnaître qu'appliquée d'une façon systématique, cette précision peut être la cause d'inconvénients ; ils résultent du caractère artificiel qu'on accorde ainsi au langage et consistent dans l'incompréhensibilité de la loi. Celle-ci donne lieu dès lors quelquefois à une insécurité relative dans les rapports des parties².

Il apparaît de ce qui vient d'être dit que le droit a besoin, comme toute autre science, d'un langage spécial³. Il s'en distingue cependant, en ce qu'il est avant tout une science sociale ; aussi, doit-il demeurer en relations étroites avec la vie et se modifier suivant sa mobilité. Il apparaît dès lors impossible d'employer en cette matière des termes par trop spéciaux ; on risquerait de le rendre incompréhensible au plus grand nombre. Or, la nécessité de son application exige d'en faciliter la compréhension à tous ceux qu'il est appelé à régir ; ce n'est qu'ainsi qu'on assurera sa réalisation dans les meilleures conditions possibles.

Quel que soit le caractère spécial du langage juridi-

1. V. Lyon-Caen, Questionnaire adopté par le Comité central de rédaction pour la 4^e sous-commission sur le rapport de M. L.-C., *Bull. Soc. El. lég.*, 1909, p. 248. Il en est tout autrement dans le Code civil allemand, Kohler, *op. cit.*, 96, p. 359.

2. V. là-dessus Kohler, *Lehrbuch des B. G. B.*, t. I, qui constate qu'« une façon de parler trop rigide ne serait pas en état de désigner une idée importante ou elle le ferait seulement avec de grands détours et beaucoup de clauses. Par là, la loi deviendrait tellement lourde, qu'elle ressemblerait à un monstre de langage » (p. 133).

3. Stuart Mill, *Système de logique*, p. 266 ; Picard, *Les constances du droit*, p. 93.

que, on ne pourrait jamais arriver à une précision certaine, semblable à celle établie en matière de science ; la mobilité de la vie et les changements continuels du droit s'y opposent.

Tout langage est sujet à des changements ¹ ; la terminologie juridique ne peut elle-même s'y soustraire, la stabilité absolue en cette matière ne peut se concevoir. Ce que seul on peut demander, c'est que par la fixité et précision qu'il suppose, le langage juridique subisse des transformations beaucoup plus lentes que le langage courant ².

En résumé, en dénommant toujours une même chose par les mêmes mots, on arrive à assurer la sécurité dans la loi et dans la vie. Le sens du terme légal devient plus uniforme et plus précis, il évoque à l'esprit de tous des images et des mouvements intellectuels semblables. En cela consiste la supériorité du langage juridique de la loi ; à l'à peu près, au vague des notions, il substitue le précis, le fixe ; il facilite la compréhension et augmente la sécurité.

Si cela est vrai, il faut cependant ajouter que tout abus en cette matière risque de produire des effets contraires ; de plus, son emploi n'est pas toujours possible. Nous avons vu, en effet, que l'emploi d'un mot ou d'une construction dans un grand nombre de cas, avec un sens toujours pareil, risque d'alourdir le texte et de détruire

1. Stuart Mill, *op. cit.*; Gény, *op. cit.*, t. III, p. 462; v. surtout Darmsteter, *La vie des mots étudiés dans leur signification* : l'auteur constate que : « comme tout ce qui vit, le langage est soumis à deux forces contraires : la force qui innove et celle qui conserve; la marche du langage consiste à aider graduellement à la première en se laissant contenir par la seconde. Autrement, les transformations seraient trop promptes et les langues n'auraient pas d'unité » (p. 32); Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Hale, 1911, p. 569.

2. V. notamment Gény qui constate : « D'après mes observations, mon expérience, voire même les conclusions les plus avérées de la science du langage, nos efforts ne peuvent avoir en cette matière qu'une portée extrêmement limitée, la volonté la plus décidée étant dominée ici par les contingents supérieurs qui règlent encore de façon si mystérieuse, non seulement les modifications phonétiques, mais aussi bien l'évolution du vocabulaire, des formes grammaticales, ou des agencements syntaxiques » (p. 453); v. cependant quant à la différence dans l'évolution entre le langage courant et l'autre, Darmsteter, *op. cit.*, p. 32; v. aussi p. 117, p. 126 note 1; Colmo, *op. cit.*, n° 112.

souvent sa compréhension¹. L'impossibilité de l'emploi du langage juridique précis apparaît surtout en matière de règles normatives ; le besoin de l'adaptabilité de la loi l'emporte ici sur celui de la sécurité. Comment pouvoir accorder dès lors un sens toujours pareil aux termes employés, puisque, par la nature même des notions qu'ils sont appelés à exprimer, ils doivent se modifier suivant la vie. Ce n'est qu'ainsi qu'ils peuvent conserver au texte sa souplesse et une adaptabilité suffisante. On ne doit surtout pas oublier que le langage, comme tout procédé de technique semblable, n'a pas de valeur propre, mais seulement dans la mesure du but qu'il est appelé à satisfaire. Certes, des règles trop précises ne peuvent exister en notre matière, et tout est une question de doigté, de souplesse de la part du législateur. Nous passons ainsi à l'étude que nous nous étions proposée du langage populaire.

326. Langage populaire dans la loi. — Nous avons vu, au cours de nos développements précédents, que ce qui caractérisait le langage juridique, c'était la précision, la fixité des termes ; nous avons cependant ajouté dès lors que, quel que soit le besoin de ces caractères dans la rédaction de la loi, appliqués d'une façon systématique, ils arrivaient à entraîner souvent de grands inconvénients ; le principal consistait à empêcher l'adaptation du texte légal, à le rendre incompréhensible à la majorité de ceux qu'il était appelé à régir.

On comprend facilement les difficultés qui peuvent en résulter, si on se rappelle ce que nous avons si souvent dit ; tout texte légal a une raison purement pratique, il

1. V. dans ce même sens Gény, *Science et technique*, t. III, qui tout en demandant la précision et la fixité dans le langage, ajoute : « d'ailleurs cette précision voulue des terminologies et phraséologies juridiques ne doit pas dégénérer en une raideur pédantesque » (p. 464). V. aussi p. 464, la façon de concilier la fixité du langage juridique avec l'évolution de la loi ; v. aussi Gierke, *Der Entwurf eines B. G. B.*, 1888, qui tout en approuvant « la tendance à des expressions techniques non équivoques » de la terminologie s'élève contre celle « de comprimer un contenu de notions artificiellement limitées dans des termes techniques rigides et de les désigner par une reproduction ennuyeuse, ce qui mène à une pédanterie insupportable de l'expression » (p. 30).

n'existe que pour se réaliser. Or, cette réalisation est souvent en fonction de sa compréhensibilité.

Cela apparaît d'autant plus nécessaire lorsqu'il s'agit d'un Code civil qui est appelé à réglementer les rapports privés entre parties. Nous avons déjà souvent insisté là-dessus ; aussi n'y reviendrons-nous pas à nouveau.

Cette façon de voir est ancienne ; Montesquieu déclarait déjà dans son *Esprit des Lois* : « Les lois ne doivent point être subtiles..., elles sont faites pour les gens de médiocre entendement », et il ajoutait : « Elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille ¹. »

Cette façon de voir se rencontre plus tard chez Bentham qui demandait aussi de « ne mettre dans un corps de lois que des termes de droit familiers au peuple ² ».

Le besoin du langage populaire s'affirme ainsi dans les travaux d'ensemble existant aux siècles derniers en matière de technique. Il y a lieu de nous demander maintenant si cela est encore possible et dans quelle mesure.

En d'autres termes, le langage de la loi peut-il avoir quelquefois un caractère populaire ? Les difficultés que pose une telle étude résultent du sens précis qu'il faut accorder à ce terme. Nous avons dit de plus que le langage de la loi doit avoir une certaine précision qui lui confère la stabilité nécessaire ; or, il semble acquérir par là souvent un caractère artificiel qui le distingue du langage commun, compréhensible, facilement changeable. Comment peut-on dès lors concilier ces deux sortes de langages à première vue distinctes, et surtout quelle est l'importance du caractère populaire de la loi.

Afin de faciliter l'étude de notre exposé, nous nous proposons de répondre successivement aux questions suivantes :

a) Qu'entend-on par caractère populaire du langage ? Peut-il se concilier avec le langage juridique ? Son

1. Montesquieu, *L'esprit des lois*, l. XXIX, chap. 16, p. 536.

2. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, t. I, Fubricre : « Vues générales d'un corps complet de législation », chap. 31.

importance et la façon dont il intervient dans la rédaction de la loi.

b) Entendu dans son sens le plus large, le caractère populaire du langage signifie l'aptitude pour la loi d'être comprise facilement par tous ceux qu'elle est destinée à régir.

La loi, — surtout le Code civil, — est appelée à satisfaire à des besoins moraux, sociaux et économiques, unanimement ressentis par une nation ; elle doit le faire dans une forme suffisamment compréhensible pour être comprise par tout le peuple.

Cette façon de voir est conforme à celle rencontrée chez Bentham et Montesquieu ; nous la trouvons affirmée aussi parmi les revendications de l'Ecole naturelle et de Coring. Soutenue encore quelquefois en Allemagne¹ et en France², elle a trouvé son application dans le Code civil français³ et surtout dans le Code civil Suisse⁴.

Ce qui caractérise donc la nature populaire du langage de la loi, c'est sa facile compréhension par tous ceux à qui elle s'adresse. Cela ne veut pas dire aussi nécessairement qu'un tel langage soit conforme au parler populaire, vague, imaginé, inconsistant ; tout en conservant le souvenir de son origine première, un tel langage, — par le fait même qu'il est employé pour fixer une idée juridique, — acquiert une certaine stabilité et

1. Il en est à plus forte raison ainsi pour celle de l'Ecole historique et de Savigny. Ce besoin apparaît aussi en Autriche, où Zeiller, l'un des rédacteurs principaux du Code civil demandait dans son commentaire que les articles du Code « soient adressés à l'homme du peuple et dans un langage compris par ce peuple », cité d'après Marcel de Gallaix, *La réforme du Code civil autrichien*, 1917, préface, p. 2.

2. V. notamment Hermann Weck, *op. cit.*, p. 18-19 ; Joseph Kohler, Eugène Hüber und das Schweizer Zivil-Gesetzbuch, *Rheinische Zeitschrift für zivil und Prozessrecht*, 5, 1913, p. 2 ; Gierke, *Der Entwurf eines B. G. B.*, 1888, p. 71-73 ; Dr Plank, *Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1889, 75, p. 420.

3. Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques du droit civil*, 1906, p. 417.

4. V. notamment Courtney Ilbert, *op. cit.*, 1901, qui cite la note « In France the leading provisions of the codes have become house hold words » (p. 186).

5. Hüber, Exposé des motifs, t. I, 1904, p. 12.

précision¹. Ce n'est que de lui que nous voulons parler dans ce travail et non pas du parler populaire proprement dit. Cela dit, il importe de constater que les auteurs sont d'accord pour reconnaître que ce qui constitue la caractéristique d'une telle terminologie, c'est sa facile compréhension.

Les auteurs ne sont cependant plus d'accord lorsqu'il s'agit d'affirmer la nature juridique ou non-juridique d'un tel langage ; certains auteurs soutiennent que « popularité ne signifie pas une façon d'expression non juridique² ». En effet, disent-ils, « le langage de la loi peut être populaire, c'est-à-dire qu'il est clair pour le non-juridique qui réfléchit³ ». Cela est d'autant plus facile à concevoir, qu'un grand nombre de termes ont commencé par appartenir au droit commun, vulgaire, avant de se généraliser et de passer dans la loi ; tel est le cas de l'idée de « solidarité » et de celle de « responsabilité⁴ ». La complexité des rapports sociaux et l'emploi des mots étrangers peuvent certes rendre de plus en plus difficile cette compréhension ; nonobstant, on ne peut affirmer qu'il existe une différence foncière entre ce procédé et celui étudié.

Ce système, qui a trouvé son application dans la rédaction de certains Codes, semble avoir été contesté par certains très distingués auteurs⁵, qui séparent la terminologie juridique du « langage courant », et croient que le droit s'est constitué « une langue conventionnelle qui imite la rigueur du langage algébrique » ; nous « avons ainsi fermé notre travail professionnel à la surveillance du public⁶ ».

1. Professeur Dr Kleinfeller, Gesetz und Sprache, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1912-1913, 6, p. 269.

2. Professeur Dr G. Kleinfeller, *op. cit.*, p. 269.

3. Colmo, *op. cit.*, p. 221 ; v. aussi d'autres cas semblables cités par l'auteur.

4. Ferdinand Brunot, *op. cit.*, p. 10-11.

5. Ihering, Lambert, ... ; v. aussi Zitelmann, *Hefts Beiträge*, 1887, qui affirme « qu'une loi abstraite et complète se résume en quelques mots ».

6. Lambert, *Introduction à l'étude des Codes soviétiques*, p. 9 ; cette idée se retrouve déjà chez Ihering, *Du rôle de la volonté dans la possession*, p. 37.

Est-ce bien vrai ? Quelle que soit l'autorité de ceux qui l'ont soutenue, nous ne pouvons l'admettre. Il ne nous semble pas, en effet, qu'il y ait une différence tranchée de nature entre ces deux sortes de langage.

Certes, le droit a souvent sa terminologie propre, son développement est en fonction de celle-ci. Mais cette terminologie n'est souvent que la généralisation, l'abstraction d'un mot vulgaire ; nous avons déjà cité certains termes, — nous pourrions en citer d'autres, — qui ont apparu dans le domaine du langage courant avant de passer dans celui du droit. Pour qu'il puisse se réaliser d'une façon normale, le droit doit emprunter à chaque instant son langage à la terminologie courante¹. Certes, le langage populaire est plus variable, plus changeant que la terminologie juridique proprement dite ; le législateur précise celle-ci suivant ses besoins, mais il ne peut le faire d'une façon trop rigoureuse sans craindre de détruire la pensée juridique qu'elle renferme. Le mot garde toujours le souvenir de son origine première, de son pouvoir d'évocation ; on ne peut lui en donner un autre tout artificiel, sans craindre de détruire tous les rapports entre le droit et la vie, sans nier la raison même de l'existence du droit. Aussi croyons-nous, avec d'autres très distingués auteurs, que la distinction entre les deux langages « est moins d'essence que de quantité² », puisque, appliqué à la loi, le langage populaire demande aussi une certaine précision et clarté³. La différence est donc plutôt de degrés que de nature.

Il faut cependant reconnaître que la différence est quelquefois bien plus marquée ; il en est ainsi pour les législations, tel que le B. G. B., qui emploient un grand nombre d'expressions techniques et essayent de dési-

1. C'est ce que constate aussi Gény, *op. cit.*, p. 460 : v. aussi Gény, *op. cit.*, p. 484-485, qui relève que le droit se trouve constamment « dans la nécessité d'employer des mots ayant, dans la langue commune, un sens général ou, en tous cas, assez peu spécifique pour comporter l'extension que postule la mise en œuvre pratique de la jurisprudence. Tel est, à vrai dire, le plus grand nombre de termes dont se servent les jurisprudences... »

2. Colmo, *op. cit.*, p. 220.

3. V. notamment Hermann Weck, *op. cit.*, p. 15.

gner toujours les mêmes faits par le même nom. La complexité des rapports sociaux demande une fixité et une précision plus grande, un langage plus compliqué et par là même moins clair¹. On conçoit qu'un tel langage arrive à diminuer la compréhensibilité de la loi.

Mais, même ainsi, la terminologie juridique ne pourrait acquérir un caractère artificiel, une rigueur algébrique, sans craindre de ne pouvoir s'adapter et régir la vie, de perdre donc toute raison d'être. Nous avons vu dans le chapitre précédent que la rigueur algébrique ne peut plus se concevoir aujourd'hui dans les règles législatives ; il en est de même pour le langage qui est appelé à les exprimer.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la première question que nous nous étions posée. On entend par langage populaire, — dans le sens de langage employé par la loi, — une terminologie facilement compréhensible à tous ceux que le texte légal est appelé à régir ; les auteurs sont d'accord là-dessus.

Il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit de distinguer la nature juridique ou non d'un tel langage. Certains croient qu'il y a une différence foncière entre eux ; le droit semble s'être formé une terminologie propre, distincte de celle du langage commun.

Nous avons vu ce qu'il fallait penser au sujet d'une telle théorie ; il n'y a pas, d'après nous, une différence foncière de nature, mais seulement de degrés, entre la forme populaire et le caractère juridique du langage de la loi. L'un est moins stable, plus sujet à évolution que l'autre, mais on ne peut concevoir aujourd'hui l'existence d'un langage spécial, à caractères rigoureux, algébriques ; un tel langage ne pourrait servir à exprimer la pensée juridique qui a avant tout un caractère social. Le langage législatif, qu'il soit populaire ou juridique, est non seulement l'œuvre voulue, consciente du législateur, mais aussi et surtout celle de la vie. Comment, dès lors, — puisqu'elles ont une même origine, — pouvoir

1. V. Professeur Dr G. Kleinfeller, *op. cit.*, p. 273.

établir une distinction tranchante entre elles ? Cela apparaît d'autant plus manifeste dans des pays tels que la Suisse, où le peuple a depuis toujours pris part à la rédaction de la loi ; il s'est créé ainsi un langage juridique, simple, clair, compréhensible à tous, qui ne le cède en rien aux formes lourdes, abstraites, souvent incompréhensibles, des législations à langage plus technique. Nous terminons ainsi avec ce que nous nous proposons de dire au sujet de cette première question.

L'importance du langage populaire résulte de nos développements précédents. Tout Code appelé à exprimer les besoins économiques, moraux et sociaux d'un peuple doit le faire dans une forme facilement compréhensible à tous. Ce n'est qu'ainsi qu'il assurera l'unité juridique et politique à l'intérieur d'une nation. En effet, quelle que soit l'importance des nouveaux principes consacrés par le législateur, ils ne pourront s'imposer que dans la mesure où ils seront facilement compris de tous ; on risque autrement de rendre le peuple étranger de son droit, de sa propre législation ¹. Or, cela n'est plus possible aujourd'hui avec le développement culturel et social existant ².

Il peut le faire, car nous avons dit qu'il n'existe pas de différence foncière entre le sens populaire et l'expression juridique de la loi. Il faut cependant reconnaître que de nombreuses difficultés apparaissent souvent.

En effet, quoique nous ne croyons pas pouvoir établir

1. Car, comme le dit très bien M. le Professeur Hermann Weck, *op. cit.* : « le langage est un moyen par lequel le droit et le peuple peuvent être rapprochés » (p. 15). Nous ne croyons pas, en effet, que le caractère populaire de la loi doive se limiter aujourd'hui « au contenu d'une loi » et ne doive pas s'étendre aussi à sa forme ; v. en sens contraire, Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, t. I, p. 27 ; pour l'Angleterre, Courtney Ilbert, *op. cit.*, qui demande que la loi « Should be expressed in language intelligible by lay folk » (p. 118) ; v. aussi M. Otto Mayer, article publié dans le *Frankfurter Zeitung* du 30 mars 1904, *Bull. Noc. Et. lég.*, 1904, p. 402.

2. V. même sens Kohler, *Lehrbuch des B. G. B.*, t. I, qui après avoir constaté qu'une loi doit être « relativement populaire », ajoute, qu'en cas contraire il en résulterait « un grand dommage pour l'instruction juridique du peuple » (p. 133). V. aussi Landgerichtsrat Dr Münzel, Koblenz, *Gesetzestchnik, Deutsche Juristen Zeitung*, 1929, Heft 15, qui constate qu'« il serait à souhaiter que le langage de la loi soit ajusté à la compréhension de la population ». Aussi demande-t-il la présence de « laïques éduqués » dans les commissions (p. 1043).

une distinction foncière entre le langage populaire et le langage juridique de la loi, nous avons vu que la forme technique de ce dernier apparaît souvent nécessaire. De plus, le langage populaire, lorsqu'il est employé pour la formation d'une terminologie légale et officielle, doit acquérir une précision rigoureuse qui le rapproche souvent du langage juridique.

Nous n'insisterons pas à nouveau sur le besoin d'employer, dans la rédaction de la loi, un langage précis pour exprimer des règles ayant un caractère constructif ; le besoin de stabilité, de sécurité, qui l'emporte en cette matière, exige une forme d'expression appropriée. De là, la nécessité de définir les termes employés ou de n'employer qu'un même mot pour désigner des choses semblables. Un tel procédé n'ajoute pas seulement à la clarté technique de la loi, il en simplifie souvent l'usage.

Aussi, le législateur devra-t-il sacrifier, dans ce cas, le caractère populaire du langage à sa valeur technique ; il ne faut, en effet, pas oublier que le premier n'offre pas toujours une sécurité ni une stabilité suffisantes ; son caractère est souvent irrégulier, en ce qu'il sert l'évolution de la vie et recouvre des idées juridiques toujours nouvelles. Or, le besoin de la sécurité, qui l'emporte en cette matière, exige que le langage employé évoque toujours à l'esprit des images semblables. On ne peut y arriver que par l'emploi d'une terminologie fixe, précise, ayant une rigueur plus grande que celle qui peut appartenir au langage populaire ; celui-ci a, en effet, un caractère tout général, tout changeable¹, qui empêche souvent une trop grande précision. C'est surtout en cette matière qu'apparaît le besoin d'une terminologie légale, officielle.

Le législateur peut certes employer, pour la créer, la forme populaire, mais on a depuis longtemps reconnu qu'il doit lui maintenir « des cadres d'une précision rigoureuse² ». Le sens populaire du langage se modifie

1. Gény, *Science et technique*, t. III, p. 485 et suiv.

2. Saleilles, Le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse, *Rev. trim. du droit*, 1909, p. 545.

par là, il perd en facilités d'adaptation, de compréhension, ce qu'il gagne en précision, en rigueur technique.

Il résulte, de ce qui vient d'être dit, que le besoin d'un langage technique, d'une terminologie propre, légale, s'affirme encore en matière de règles constructives. Si cela est vrai, il faut cependant ajouter que, même pour ces cas, une rédaction trop artificielle de la loi risque de détruire le besoin de sécurité qu'elle est appelée à satisfaire. Le besoin d'adaptabilité n'est pas absent de ces hypothèses ; aussi, si la nécessité d'assurer la fixité, la précision des termes apparaît d'une façon incontestable, il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit des constructions grammaticales du langage. On a souvent indiqué qu'on pouvait assurer l'évolution de la loi « en renonçant à marquer, par le choix entre le verbe auxiliaire « doit » et le verbe « futur », une distinction ¹ ».

Si le besoin d'une terminologie technique s'affirme ici, il est cependant toujours possible que le législateur donne la définition de ces termes dans un langage populaire ; il arrive ainsi à établir, par le moyen de la définition, un « compromis » entre le langage technique et le langage populaire ².

Enfin, il ne faut pas oublier que la supériorité du langage populaire sur le langage technique l'emporte dans toutes les hypothèses que nous avons classées sous le titre de « Règles normatives » ; la nécessité d'assurer avant tout, au texte, la souplesse et l'adaptabilité nécessaires, exige de conférer un caractère populaire au langage, tant par rapport aux mots que par rapport aux constructions grammaticales. Grâce à son caractère irrégulier ³, général, il arrive à assurer l'évolution du texte

1. Huber, Exposé des motifs, t. I, 1904, p. 28.

2. C'est ce que demandait déjà Bentham, lorsqu'il disait : « Si l'on est obligé de se servir de termes techniques, il faut avoir soin de les définir dans le corps de loi même... Les termes de la définition doivent être des mots communs et usités » (« Vues générales d'un corps complet de législation », chap. 31, Du style des lois) ; v. aussi Courtnay Ilbert, *op. cit.*, p. 118.

3. Nous nous référons par là à l'irrégularité du terme, c'est-à-dire « à la possibilité d'exprimer, sans que la puissance d'expression soit liée à la nature du signe » (Becquart, *Les mots à sens multiple dans le droit civil fran-*

légale et lui permet de recouvrir un grand nombre de pensées juridiques nouvelles.

Le législateur doit cependant essayer d'écarter, par une certaine précision et fixité accordées aux termes, la pluralité de sens qui leur appartient souvent ; le caractère polysémique qui leur est propre arrive souvent à donner lieu à de grandes difficultés d'interprétation et obscurcit par là le sens de la loi.

Tel est ce que nous nous proposons de dire au sujet de l'importance du caractère populaire dans le langage employé par la loi. Il résulte que le développement culturel et juridique de notre époque demande de rendre de plus en plus compréhensible le texte de loi. La question de « souplesse », de « pénétrabilité » de la loi est une des plus importantes qui se posent lors de sa rédaction ; elle est en liaison directe avec celle du caractère populaire de la loi. Nous avons vu que ce caractère apparaît nécessaire, surtout lorsqu'il s'agit de règles normatives ; quant aux dispositions constructives, le besoin de sécurité qui l'emporte exige la présence d'une terminologie fixe, précise, donnant lieu au minimum de contestations possibles. Nous avons vu dans quelle mesure elle pouvait être obtenue et comment on arrivait à la concilier avec le besoin de compréhensibilité de la loi.

Il résulte de ce qui vient d'être dit, que la bonne réalisation de la loi n'est pas seulement en fonction de la fixité et de la précision du langage, mais de sa facile compréhension. Certes, la complexité dans le droit demande souvent des formes nouvelles de langage, plus compliquée pour l'exprimer¹. Aussi a-t-on souvent affirmé que la compréhension facile du texte de loi, qui paraissait possible « aux temps lointains où la nation vivait dans des rapports simples ... et où le droit n'était connu que par la coutume² », ne l'est plus aujourd'hui.

çais. De tels termes acquièrent une grande souplesse pour assurer l'adaptation de la loi. Il en est tout autrement des termes polysémiques qui « supposent des sens multiples fixes » (*op. cit.*).

1. Cela se conçoit facilement, aussi n'y insisterons-nous pas.

2. Endemann, *op. cit.*, t. I, p. 26 ; v. aussi Plank, *B. G. B.*, p. 53 ; Baehr, *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Erste Lesung*

Mais nous avons souvent dit que, quel que soit le développement du langage, il ne peut la suivre dans sa marche ; il ne pourrait le faire en matière de législation sans alourdir le texte, sans le rendre incompréhensible et non-adaptable. Aussi, est-il souvent nécessaire de remplacer ces formes complexes par des formes nouvelles, plus larges, plus souples, capables de servir cette évolution et d'évoquer successivement un grand nombre de pensées juridiques.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet du caractère technique du langage.

327. Qualités littéraires. — Il semblerait à première vue, qu'une telle étude n'aurait pas de raison d'être dans un travail de technique législative. Ce qui importe en effet ici, en premier, c'est le moyen d'assurer au langage une précision et fixité suffisantes, pour lui permettre de satisfaire à son but purement technique de simplification et d'évocation de la pensée juridique ; c'est d'étudier dans quelle mesure cette fixité peut être admise, sans porter atteinte à la compréhensibilité de la loi. Il s'en suit donc que les questions se référant à la beauté du langage, aux qualités littéraires qu'il doit réunir, sont sinon complètement inutiles, du moins tout à fait secondaires¹.

Une telle façon de voir les choses nous paraît des plus simplistes ; il ne faut, en effet, pas oublier que la fixité, la précision du langage ne sont pas des buts ultimes vers lesquels doit tendre le législateur, ils ne sont que des moyens destinés à faciliter la compréhension de la loi et sa bonne réalisation. Ils ne peuvent être admis que dans la mesure seulement où ils sont appelés à satisfaire à ce besoin.

Kritisch Vierteljahreschrift. Neué Folge, 1888, qui constate que le Code ne peut être populaire dans le sens que « le peuple puisse trouver lui-même son droit dans le Code » et il ajoute : « notre droit est un organisme beaucoup trop fin et trop compliqué pour qu'il fût possible de faire comprendre sa construction et son ensemble à tout le monde » (p. 325).

1. « La considération de la beauté du langage ne vient qu'en second lieu; elle doit être sacrifiée si la précision et la complexité en souffriraient (Dr Plank, Zur Kritik des Entwurfes eines B.G.B. für das Deutsche Reich. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1889, 75, p. 426).

Or, on conçoit facilement que plus ils seront conformes aux qualités littéraires proprement dites du langage, plus ils y satisferont aisément.

De plus — et on perçoit ici à nouveau les rapports profonds qui existent entre le fond et la forme —, pour avoir un bon langage, il faut que l'idée qu'il exprime soit claire et déterminée, réponde à ses qualités littéraires. Comment pouvoir dès lors distinguer, d'une façon tranchée, les qualités littéraires du langage, qui assurent la clarté nécessaire de l'idée, avec celles, techniques, qui arrivent à la préciser, à la fixer, afin d'en permettre l'évocation ? Comment ne pas reconnaître que le style de la loi doit satisfaire, non seulement aux secondes, mais encore aux premières ? Nous les avons placées à la suite des qualités techniques, parce que tout travail de technique proprement dit s'adresse tout d'abord à la raison ; les qualités littéraires s'adressent aussi souvent à l'imagination.

328. On conçoit facilement, après tout ce qui a été déjà dit, que les qualités du langage légal diffèrent de celles de toute œuvre artistique et littéraire proprement dite. Ce qu'on admire en effet dans de tels travaux, c'est la richesse du style, c'est le pouvoir imaginatif ; la noblesse et la beauté du style ne s'en distinguent pas toujours.

Or, ces qualités ne peuvent se rencontrer dans le langage de la loi ; en effet, la fixité et la précision des termes sont l'une des conditions premières que toute législation doit réaliser. Cela est certain pour le langage technique ; cela l'est encore, — dans des proportions certes beaucoup moindres, — pour le langage populaire. Nous ne croyons pas, en effet, que le caractère imaginatif domine dans ce dernier¹ ; tout en ayant une nature plus générale que le langage technique, il doit acquérir

1. V. en sens contraire, Becquart, *op. cit.*, qui croit que : « la langue populaire sert avant tout les exigences de l'imagination et des sentiments » (p. 163).

une certaine fixité pour pouvoir passer dans la loi¹. Il paraîtrait donc que les qualités littéraires habituelles n'ont pas de raison d'être dans le langage légal, puisque ni la richesse, ni le caractère imaginaire du style ne peuvent y être réalisés.

Si cela est vrai, il faut cependant rappeler que les qualités littéraires rencontrées dans la loi en général, telles que la clarté, l'unité, l'ordre, la concision proviennent surtout de qualités similaires existant dans le langage ; c'est ainsi notamment que la clarté ne s'obtient pas seulement par le choix des mots ou par la fixité qu'on leur accorde, mais aussi et surtout par l'observation des règles grammaticales, par la forme plus ou moins concise d'évocation, par la force d'expression, par la vigueur ou l'imprécision qui en résultent.

On voit donc que la question de « précision » de « diffusion » du langage ne pose pas seulement des problèmes purement techniques, mais aussi des problèmes à caractère littéraire² ; ces derniers se distinguent des autres parce qu'ils ne s'adressent pas seulement à la raison, mais aussi à notre esprit d'imagination, cela par la vigueur ou l'imprécision, par la plus ou moins grande clarté conférée au langage. Il importe d'ajouter immédiatement que des limites trop précises ne peuvent être établies et que la clarté du langage n'est souvent qu'une question de logique.

Le besoin de telles qualités dans la loi a été depuis toujours reconnu. Sans nous arrêter à Montesquieu³, qui indique déjà le besoin d'un langage simple et concis, nous nous contenterons de rappeler que c'est Bentham qui nous a fourni pour la première fois une étude systématique des différentes qualités littéraires du langage⁴.

1. V. au sujet des avantages qui résultent des mots à sens multiple, en dehors de la note ci-dessus, Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, 1925, p. 240.

2. Aussi quelquefois a-t-on vu dans la loi « une œuvre littéraire *suis generis* », Gény, *Science et technique*, t. III, p. 461.

3. Montesquieu, *L'esprit des lois*, l. XXIX, chap. 16.

4. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, t. I. Rubrique : Vues générales d'un corps complet de législation, 1840, chap. 31, Du style des lois.

Tout en insistant aussi sur le besoin de la simplification et de la clarté dans la loi, Bentham dépasse Montesquieu en ce qu'il nous fournit une étude d'ensemble sur la matière ; il distingue dès le commencement dans le style des lois « deux sortes de perfections » auxquelles il attribue une valeur différente. Aux premières, — qui constituent « les perfections essentielles », — il appartient d'« éviter les défauts qui corrompent le langage » ; il considère comme de telles perfections la clarté et la concision. Quant aux autres, qui constituent « les perfections secondaires », elles sont destinées « à saisir les beautés qui les corrompent » ; ce sont la force, l'harmonie, la noblesse¹. Est-ce bien vrai et peut-on maintenir encore cette distinction ? Nous ne le croyons pas.

Comment, en effet, séparer la clarté de l'harmonie de l'ensemble, puisque sans cette dernière pas d'unité, pas d'ordre possible. Ne peut-on pas plutôt affirmer que l'harmonie est une des conditions de la clarté ? Il en est de même pour « la force » de l'expression, qui a une importance primordiale dans la concision du langage, dans l'accomplissement de son pouvoir d'évocation. Seule, l'élégance paraît encore pouvoir être classée aujourd'hui parmi les perfections secondaires du style ; elle est une qualité littéraire utile au langage légal, mais pas absolument nécessaire². Si nous essayons maintenant de classer les différentes qualités du langage, nous dirons que ce sont : la clarté, la concision, l'harmonie, la force, enfin l'élégance.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la première question que nous nous étions posée. Tout en se distinguant par ses qualités de tout autre travail semblable, le langage législatif doit répondre à certaines conditions littéraires qui lui facilitent son double but de fixation et d'évocation de la pensée juridique. Il ne nous reste plus que quelques développements au sujet de chacune de ces qualités littéraires.

1. Bentham, *op. cit.*

2. *Ibid.*

a) Nous ne reviendrons certes pas sur ce que nous avons déjà dit au sujet des qualités littéraires de la loi ; il suffit d'y renvoyer et de réserver à cette étude l'importance des qualités littéraires s'affirmant en matière de terminologie ; nous verrons seulement à leur sujet la façon dont elles contribuent à la réalisation de la loi.

Le besoin pour le langage légal d'obéir à certaines conditions littéraires déterminées a été depuis longtemps reconnu. Nous avons vu, en effet, comment, lors de la rédaction des grands Codes, on demanda souvent des lois rédigées dans un langage simple, clair, concis. Si on trouve quelquefois des opinions contraires¹, elles s'expliquent par la crainte que les difficultés de l'obtenir ne retardent pendant trop longtemps l'application des nouvelles législations ; aussi, même ceux qui affirment l'importance secondaire pour la loi des qualités littéraires du langage, demandent « de compter sur les grands écrivains pour cette partie de la gloire nationale² ».

Quoi qu'il en soit, ce besoin se trouve nettement affirmé dans les travaux de Bentham que nous avons déjà cités³. Nous nous proposons d'étudier maintenant chacune de ces qualités, en commençant par la clarté.

Clarté. — Cette qualité, — disait déjà d'Alembert, — « consiste à se faire entendre sans peine »⁴ ; appliquée au langage, elle exige l'expression nette, précise des idées ; elle demande d'en écarter toutes les propositions « inintelligibles », « équivoques », « trop étendues », « trop restreintes »⁵ ; enfin, elle exige non seulement d'observer la pureté du langage, mais encore d'éviter les erreurs si courantes de grammaire. Ce n'est qu'ainsi

1. Dumeril, *tribun*, Fenet, t. VI, Discussion. Titre préliminaire, p. 88.

2. Dumeril, *op. cit.*, p. 89.

3. V. *op. cit.*

4. Cité d'après Fabreguettes, *La logique judiciaire*, p. 530. Cette idée se retrouve déjà chez Bentham, *op. cit.*, qui déclare : que la clarté consiste à faire « naître dans l'esprit une idée qui représente exactement la volonté du législateur » ; Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 28.

5. V. Bentham, *op. cit.*

qu'on arrive à évoquer à l'esprit de tous des mouvements intellectuels semblables à ceux ressentis.

On voit donc l'importance de cette qualité¹, et les difficultés auxquelles elle peut donner naissance. Elle arrive à comprendre toutes les autres, puisque la clarté dans le langage demande la pureté dans l'expression, la vigueur dans la forme, enfin, l'harmonie et l'unité nécessaires dans le style. Sans la présence de toutes, il ne peut y avoir d'expression claire d'une idée qui oblige « à ne pouvoir donner à la phrase que le sens qu'a voulu lui faire entendre celui qui a écrit² ». Nous avons vu que la clarté du langage exige la clarté des idées qu'il est appelé à exprimer ; cela peut donner lieu quelquefois à des difficultés, qui naissent des besoins opposés et même contradictoires du fond et de la forme. C'est ainsi notamment que la clarté de l'idée exige de l'exprimer dans l'intégralité de ses détails ; or, on conçoit facilement qu'une telle expression puisse apparaître quelquefois lourde et même incompréhensible. La forme d'expression perd ainsi en clarté ce qu'y gagnerait le fond³. Qu'est-ce à dire ? Il y a certes là des difficultés pouvant apparaître ; nous croyons cependant qu'elles peuvent être exclues par l'emploi d'un langage concis.

1. « Seule la loi claire garantit la sécurité juridique à raison de la quelle on considère la forme de la loi écrite comme la meilleure ». Mitteilungen von A. Mendelssohn-Bartholdy, *Verständliche Sprache des Gesetzes*, Rheinische Zeitschrift für zivil und Prozessrecht, t. IV, 1912, p. 132 ; v. aussi Rapport présenté au Congrès des Juristes réunis à Washington, le 23 février 1923 par son secrétaire M. William Draper Lewis, cité d'après Marcel de Gallaix, L'Incertitude et la complexité du droit américain et la création de l'« American law Institute », *Rev. de droit intern.*, 1924. Ce rapport constate le grand nombre de procès qui résultent de l'absence de la clarté dans la pensée ou dans le langage employé dans les lois américaines ; et il conclut qu'à l'avenir « la langue employée sera claire et d'une simplicité aussi grande que possible avec un minimum de termes techniques ou exceptionnels », *op. cit.*, p. 280 ; Rudolph Bierling, *op. cit.*, p. 274, p. 442 ; V. aussi Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Hale, 1911, p. 569 ; Hermann Weck, *op. cit.*, p. 77.

2. V. Urban A. Lavery, Chief legislative Draftsman, *The language of the law*, American Bar Association Review, 1922, p. 271.

3. Roguin, *Observations sur la codification des lois civiles*, Perceval publié par la Faculté de droit de Lausanne (à l'occasion de l'exposition nationale suisse), Genève, 1896, p. 107-108 ; v. aussi Dr Plank, Zur kritik des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1889, 65, p. 425 ; Carl Crome, *Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français*, Livre du Centenaire, t. II, 1904, p. 590.

Nous passons ainsi à la deuxième qualité littéraire dont nous voulions parler.

Concision. — Nous avons vu qu'en principe, tout terme doit correspondre à une notion ; il ne peut en comprendre plusieurs sans obscurcir la pensée, jusqu'à la rendre incompréhensible. Aussi le mot doit être précis, ne contenir qu'une idée afin de permettre à l'esprit de s'y fixer. Dans le cas où l'intégralité d'une idée exige d'en exprimer les détails, il faut employer des formes d'expression différentes.

Il en est de même pour la phrase qui ne doit pas être équivoque et ne doit comprendre qu'un nombre réduit d'idées se reliant logiquement entre elles.

Quant aux mots composés, leur emploi dans la loi paraît certes nécessaire ; il ne faut cependant pas en abuser car, — on le conçoit facilement, — la force d'expression ne pourrait qu'en souffrir. Or, on l'a dit avec raison : la concision de la loi et du langage réside surtout « dans l'intensité de l'expression, dans la puissance des idées exprimées ¹ ».

La concision du langage apparaît non seulement dans le nombre de notions à exprimer, mais aussi dans la façon dont elles s'expriment ; le législateur doit écarter les mots inutiles, les répétitions qui ne pourraient qu'alourdir le sens de la construction grammaticale ². Il ne doit, de plus, s'attacher dans son expression, qu'aux caractères principaux de la notion et écarter les autres. Ce n'est que par la brièveté et la netteté du langage qu'on peut atteindre, non seulement à la concision, mais aussi à la clarté ³.

Harmonie. — Elle résulte du « soin des mots », afin d'éviter les antinomies, écarter les contradictions ; elle

1. Ihering, *L'esprit du droit romain*, t. III, p. 44; Plank, *B. G. B.*, t. I, p. 53.

2. V. quant aux difficultés que suppose un tel travail, P. Van Bemmelen, *Notions fondamentales du droit civil*, Amsterdam, 1892, p. 59-60.

3. V. Alten, *Law in the making*, Oxford, 1927, qui affirme que : « L'idéal recherché maintenant, est le minimum de mots s'accordant avec la clarté sans renvois, ni références » (p. 275); Richard Grant White, *Words and their uses*, p. 36.

arrive ainsi à faciliter l'unité entre la pensée et l'expression et en augmente la clarté ¹.

Elle est moins une qualité propre qu'une conséquence des deux autres précédemment étudiées ; elle conserve néanmoins toute son importance puisqu'elle simplifie et facilite pour beaucoup la compréhension du texte de loi. Il en est de même d'une autre qualité littéraire dont nous parlerons maintenant.

Force d'expression. — Nous savons déjà que Bentham considérait cette qualité comme secondaire pour la bonne rédaction de la loi. Cette façon de voir a été bientôt abandonnée, puisque dès le siècle dernier on soutenait quelquefois que la concision du langage était en fonction de sa vigueur d'expression ². Nous sommes tout à fait d'accord là-dessus.

Appliquée aux mots ou aux phrases employés dans le Code, cette vigueur leur permet de servir de cadre à un grand nombre de constructions nouvelles. Tel est le cas du terme « loi » consacré par l'article 1134, qui a facilité pour beaucoup l'interprétation jurisprudentielle en cette matière ³ ; tel est encore le cas de l'adage « en fait de meubles possession vaut titre » de l'article 2273.

Cette façon de voir semble d'ailleurs s'être généralisée puisque nous la trouvons affirmée aujourd'hui en Angleterre ⁴ et en Amérique ⁵ ; on demande de plus en plus que le législateur se familiarise à la vigueur des mots

1. V. au sujet du besoin de l'unité de style dans la loi, Bertrand, Discours de rentrée à la Cour de Cassation, 1888, p. 28 ; V. quant au besoin de réaliser cette harmonie dans les arrêts judiciaires, discours de M. le Procureur général Baudouin, tenu à l'occasion de l'installation de M. le Président, *Gazette des tribunaux* du 4 et du 5 décembre 1911, col. 3.

2. Ihering, *op. cit.* p. 44.

3. V. H. de Pages, *op. cit.*, qui constate à propos de la règle de la liberté des conventions « la jurisprudence est parvenue à tirer le maximum de rendement, non seulement en légitimant toutes les formes nouvelles de contrats issues des nécessités économiques, mais surtout en créant par ses seules forces et pour chaque type de contrat nouveau, une structure technique qui ne le cède en rien aux structures consacrées par les textes » (p. 182).

4. Courtnay Ilbert, *op. cit.* ; Urban A. Lavery, *The language of the law*, *op. cit.*, p. 271.

5. Urban A. Lavery, *The language of the law*, *op. cit.*

afin de savoir les employer suivant les besoins. On arrive ainsi à une précision et une concision suffisantes pour évoquer à l'esprit de tous des images semblables.

L'élégance est la conséquence de l'existence des autres qualités littéraires ; elle résulte du choix des mots, de la noblesse des termes, de leur clarté, elle consiste dans la beauté du langage. Aussi, a-t-on souvent affirmé qu'elle est une qualité secondaire pouvant manquer dans la loi ; car, ce que seul on peut demander au texte, c'est d'être correct et non pas beau ¹.

Tout en reconnaissant la vérité de cette opinion, les difficultés que cette qualité fait naître pour l'obtenir, l'impossibilité même souvent de l'avoir, nous ne pouvons nous empêcher d'en reconnaître l'utilité pour la bonne compréhension de la loi.

Nous terminons ainsi avec ce que nous avions à dire au sujet des qualités littéraires de la loi ; nous avons vu que l'étude séparée de chacune d'entre elles paraissait souvent difficile ; elles ont, en effet, des points communs rendant impossible l'établissement de limites étanches. L'examen successif auquel nous avons procédé n'a d'ailleurs qu'une raison de méthode. En réalité, elles collaborent toutes à augmenter la clarté et la précision de la loi, à évoquer à l'esprit de tous des mouvements intellectuels analogues à ceux ressentis.

Telle est l'importance des qualités littéraires dans la réalisation de la loi ; elles ne se séparent point de celles techniques déjà étudiées, mais se complètent mutuellement ; aussi conçoit-on facilement qu'on ait vu dans la loi, non seulement une œuvre technique, mais même une œuvre littéraire ².

329. Caractère national du langage. — Il ne nous reste plus qu'à parler du caractère national du langage. Nous

1. V. Rudolf Bierling, *Juristische Principienlehre*, 1911, p. 446; Colmo, *op. cit.*, n° 112.

2. V. même sens. Génys, *Science et technique*, t. III, p. 461; Colmo, *op. cit.*, p. 216; Marcel de Galliax, *La réforme du Code civil autrichien*, préface; Colmo, *op. cit.*, n° 112.

ne reviendrons sans doute pas sur ce que nous avons déjà dit au sujet du besoin souvent ressenti, de rédiger le Code dans un langage populaire, facilement compréhensible ; nous espérons y avoir suffisamment insisté pour comprendre que sans cette compréhensibilité, on risque de faire une œuvre vaine, n'ayant aucun rapport avec la vie. Aussi, ce qui importe avant tout, c'est d'assurer la pénétrabilité de la loi dans la pratique du peuple qui seule peut assurer la réalisation.

Cela dit, il importe d'ajouter que le langage d'un peuple est profondément national ; il est en fonction de l'évolution de son histoire dont il ne se sépare point. C'est à ce propos qu'on a pu parler « des mots témoins de l'histoire ¹ ».

En est-il de même pour le langage juridique ? Ses caractères sont-ils profondément nationaux ? La question a pu se poser souvent à cause de la présence dans le droit d'un grand nombre de termes étrangers, d'origine latine. Dans quelle mesure ces termes peuvent-ils être admis ? C'est ce que nous nous proposons d'étudier dans la première partie de nos développements.

a) Le langage, expression de la pensée d'un peuple, apparaît à la vie en même temps que celle-ci ; il en exprime les idées et évolue avec elles. Il est la forme extérieure par laquelle la nation prend conscience d'elle-même, de son existence, de sa continuité ; il modèle ses constructions suivant les raisons historiques qui l'agitent ². Cette vérité, souvent affirmée et prouvée, explique le caractère national du langage.

Si cela est vrai du langage en général, il en est à plus forte raison ainsi de la terminologie juridique. Nous avons en effet souvent dit que les lois ne constituent que

1. Communication faite à l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, à la séance publique annuelle du vendredi 23 novembre 1928, par M. Ferdinand Brunot, Institut de France, Paris, MCMXXVIII.

2. M. Ferdinand Brunot, *op. cit.*, p. 18; Darmsteter, *La vie des mots étudiés dans leur signification*, p. 21. V. surtout p. 34 où l'auteur déclare que : « l'état du lexique d'un peuple, — à un moment donné, — répond nécessairement à l'état des idées, oui, à ce moment, s'agitent dans son esprit, et le flux incessant des faits et de pensées qu'emportent les générations dans leur écoulement sans fin, laisse sa trace dans le vocabulaire ».

la consécration dernière d'un état social évolué ; elles empruntent souvent à cet état, non seulement la règle de fond, mais la terminologie qui lui est propre.

Il suffit, pour nous rendre compte, de rappeler le grand nombre de termes qui ont été exclus par le législateur de 1804, comme ne convenant plus au nouvel état évolué. Il ne faut aussi pas oublier que le langage du Code civil français a une origine historique nettement nationale et a été forgé durant des siècles par les praticiens suivant les besoins de l'heure et avec des matériaux empruntés au fond traditionnel. Nous savons aussi les difficultés rencontrées par suite de l'absence, en Allemagne, au moment de la rédaction du Code, d'un langage nettement national.

Il apparaît donc d'une façon certaine que le besoin d'une terminologie proprement nationale, s'affirme aussi en matière juridique¹.

On a cependant soutenu quelquefois que le droit a besoin, pour se réaliser, de faire emploi d'une langue morte, de préférence à une terminologie courante ; car, elle présente souvent, dit-on, plus d'avantages que la dernière. On arrive ainsi à éviter les changements trop brusques qui se produisent dans le langage de la vie courante².

Sans nous arrêter trop longtemps à cette affirmation, qui a été déjà étudiée par ailleurs, nous dirons simplement que, même les expressions d'une langue morte, lorsqu'elles ne sont pas suffisamment précises et fixes, peuvent se transformer en un parler populaire ayant tous les défauts d'un tel langage. Aussi, ce n'est pas toujours par ses qualités techniques qu'un tel langage s'impose ; si la terminologie romaine se trouve encore aujourd'hui si souvent dans nos Codes, c'est que les termes latins ont passés dans le courant du langage na-

1. V. notamment Huber, *Exposé de motifs*, t. I, qui constate que la loi doit être « l'instrument destiné à formuler les aspirations et la conscience populaire. Elle les formulera dans des termes indiqués par l'état de la civilisation, par le courant des idées contemporaines » (p. 17).

2. Ihering, *L'esprit du droit romain*, t. III, p. 24.

tionnal et ont été employés durant des siècles à exprimer des vérités juridiques, toujours les mêmes. Leur caractère souple, facilement adaptable, a permis aux notions qu'ils enfermaient de se développer suivant les besoins ressentis. Ces termes ne paraissent donc plus des mots étrangers, empruntés à une langue morte ; de même que la pensée juridique qu'ils étaient appelés à exprimer, ils avaient reçu une frappe originale purement nationale. Il suffit, pour nous en rendre compte, de rappeler l'importance toujours nouvelle accordée au terme de « solidarité », qui est cependant un mot romain.

Certes, la terminologie romaine, en passant dans nos Codes, a conservé ses constructions d'origine ; faut-il s'en étonner alors qu'il en est de même pour toute langue en général ? C'est par ses constructions qu'elle subsiste et qu'elle assure sa continuité. Peut-on même parler de langue étrangère à propos d'une telle terminologie, s'appliquant dans un pays et dans un droit latin ? Et puisqu'elle a su évoluer pendant tant de siècles, et se modeler sans cesse pour affirmer les besoins courants ressentis, n'apparaît-elle pas plutôt comme une expression purement nationale ? C'est ce que nous croyons fermement.

Il en est certes autrement lorsque la terminologie a été importée d'une façon artificielle pour exprimer les droits des juristes ou pour remplacer les notions nationales semblables existantes. Dans les deux cas, on arrive à détruire le caractère national du langage qui doit s'affirmer dans le droit, car, pour qu'un mot puisse y être employé de façon à être facilement compris, il faut qu'il ait commencé par avoir une acception habituelle dans la vie courante, ou ne soit pas en désaccord avec elle. On risque autrement de donner lieu aux pires difficultés et de rendre le peuple étranger de son droit ¹.

1. C'est ce que constatait aussi avec raison Hermann Weck, *op. cit.*, lorsqu'il disait : « Rien de s'immisce si profondément dans la vie d'une nation que son droit ; c'est pour cela qu'il doit parler le langage du peuple et qu'il ne se dérobe pas à sa compréhension par l'emploi des mots étrangers » (p. 16). Quant aux dangers qui peuvent en résulter, p. 16-17 ; c'est ce que

Dans le droit comme dans la vie, le langage est la première expression d'une nation ; il évolue avec son histoire et modèle ses constructions suivant son esprit. Aussi ne doit-on pas introduire, d'une façon artificielle, des termes étrangers dans le droit, sans craindre d'en faire une matière amorphe, sans aucun rapport avec la vie d'un peuple. Cela dit, il importe d'étudier les difficultés qui peuvent en résulter.

b) Nous avons vu dans nos développements précédents que le langage juridique a un caractère purement national ; appelé à exprimer la pensée d'un peuple, il en acquiert les affinités, il y modèle ses constructions¹.

L'importance de ces affinités est telle, qu'il est souvent impossible de rendre dans une langue étrangère, d'une façon claire et précise, le sens d'un terme. On conçoit, en effet, facilement que la façon de penser de chaque peuple est en fonction et se modèle suivant des besoins moraux économiques, politiques spéciaux ressentis. Cela apparaît surtout en matière de droit, où nous avons souvent vu des institutions semblables donner naissance à des formes juridiques différentes. Il suffit de rappeler, pour nous en rendre compte, la matière de l'indivision existant en droit allemand² ; chacune de ces formes donne souvent naissance à des termes distincts qu'il est très difficile de rendre d'une façon précise en langue étrangère. Il en est de même pour un grand nombre de mots dont le sens ne peut être établi d'une façon précise. De là des difficultés pouvant naître soit en droit interne, soit en droit comparé..

Rossi constatait aussi au siècle dernier, lorsqu'il disait, en parlant du rôle du législateur : « si le législateur en oubliant son rôle, s'aventure dans le champ de la spéculation, si, par ambition de créer, il néglige les actes, les opinions et le langage de son peuple, s'il veut savamment expliquer ce qui est clair, substituer... un langage particulier à une langue commune, il méconnaît les fonctions augustes dont il est revêtu » (*Traité de droit pénal*, t. II, p. 420).

1. « Chaque langue a ses procédés propres de composition fondés sur des principes logiques spéciaux. Les langues romaines ignorent à peu près complètement la composition avec génitif si riche en allemand et en anglais (*good-natured, great-minded*), tandis que l'allemand connaît à peine la composition par opposition si féconde dans les langues romanes » (Darmsteter, *op. cit.*, p. 23).

2. Saleilles, Le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse, *op. cit.*, p. 548.

b') La question ne se pose sans doute pas pour les pays régis par des codifications à forme d'expression unique. Il en est autrement pour les pays tels que la Suisse, composés de populations différentes ayant souvent des institutions juridiques complètement distinctes. Il en est ainsi notamment en matière d'organisation de propriété.

En présence de la pluralité d'institutions consacrées, — afin d'assurer le caractère démocratique de son œuvre en en facilitant la compréhension, — le législateur suisse a rédigé son Code civil en trois langues différentes. On connaît déjà les nombreux travaux entrepris pour assurer l'unité de sens des trois textes. Nonobstant, et en présence des difficultés sans nombre pour y arriver, le législateur suisse s'est vu obligé d'accorder une valeur originale aux trois terminologies de son Code ¹.

Les controverses auxquelles a donné lieu cette rédaction n'ont cependant pas disparu et on a même quelquefois noté que les termes employés dans les trois textes ont été appliqués « à des hypothèses différentes ayant un sens presque opposé ² ».

Telles sont les difficultés qui peuvent naître à l'intérieur d'un même pays. Si leur nombre est des plus réduits en Suisse, cela s'explique surtout par la valeur de ceux qui ont contribué à la rédaction du Code et au rapprochement des sens différents existant dans les textes ; cela s'explique aussi par les nombreux travaux qui l'ont précédé ³.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet des difficultés et controverses qui peuvent résulter de la pluralité de langages employés pour exprimer les règles d'un Code. Elles peuvent, certes, être diminuées par un travail de précision et de rapprochement des termes. Il faut cependant reconnaître que ce rapprochement a des limites qu'on ne peut dépasser ; tout langage national a ses constructions grammaticales propres, ses formes

1. Cela existe déjà dans le Code des obligations. V. Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations*, 1904, p. 5.

2. Suleilles, *op. cit.*, p. 543-545.

3. Huber, *Exposé de motifs*, t. I, p. 15.

d'expression plus ou moins précises, plus ou moins vigoureuses. Quelle que soit la valeur de celui qui les traduit, on ne peut toujours en rendre un sens exact¹.

Si cela est vrai pour le droit interne des pays confédérés, — où des rapprochements journaliers se produisent non seulement par des moyens officiels, mais aussi par ceux de la presse et de la pratique, — il en est à plus forte raison ainsi pour le droit comparé.

C'est ici surtout que les particularités du langage s'affirment ; elles empêchent souvent, — comme nous l'avons déjà dit, — tout travail d'unification du droit de s'accomplir. Cela est vrai, non seulement pour les institutions appartenant à des groupes différents², mais même pour celles appartenant à un même groupe³. Il ne faut certes pas oublier que la terminologie romaine, qui est à la base du droit des obligations de tous les pays⁴, facilite pour beaucoup l'unification en cette matière. Pour les autres, les distinctions du langage sont souvent trop fortes pour pouvoir conduire à un travail commun ; le caractère national de chacune de ces terminologies leur a imprégné un caractère souvent tout différent. Aussi, avant de pouvoir procéder à l'unification du droit par le moyen d'un Code unique, faut-il commencer par préciser le sens des termes qu'il exprime.

1. V. même sens Thaller, préface au *Traité de droit commercial de Cosack*, traduct. par Léon Mis, 1904, p. 11; c'est ce que constatait aussi pour le droit allemand, Dr Martin Wolf, Raymond Saleilles, De la déclaration de volonté », *Goldschmidt-Zeitschrift für das Handelsrecht*, Stuttgart, 1902, p. 901.

2. Telles que celles « du groupe anglo-saxon et des législations continentales »; v. Lévy-Ullmann, préface au t. I de la Collection d'études théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international, 1923. *Vers le droit mondial du XX^e siècle*, p. 8.

3. Le cas se présente aujourd'hui, notamment à l'occasion des essais d'unification du droit austro-allemand. Or, quoique nous nous trouvions en présence d'institutions juridiques appartenant au même groupe, les difficultés de terminologie apparaissent souvent. Aussi a-t-on prétendu quelquefois qu'il fallait donner à cette question « une importance particulière » car « rien n'est si difficile actuellement pour les juristes des différents pays de langue allemande, que de s'entendre en allemand sur des questions juridiques ». Rechtsanwalt Dr Maximilian Kossler, Wien, *Sprachenangleichung neben Rechtsangleichung*, *Deutsche Juristen Zeitung*, 1929, Heft 14, p. 380, qui cite un grand nombre d'exemples. V. p. 981.

4. C'est ce que constate pour le droit anglais, Summer Maine, *Le droit romain et l'éducation juridique*.

C'est ce qu'on a compris depuis longtemps ; aussi l'Académie internationale de droit comparé de La Haye a-t-elle précédé ses essais de rapprochement du droit des différents peuples par les travaux entrepris en vue de la confection d'un vocabulaire juridique. Elle s'est constituée une commission distincte¹, dirigée par les sommités les plus distinguées de droit comparé² ; elle l'a chargée de « déterminer les équivalences des termes juridiques » des différents langages. Ce n'est qu'à la suite de ces travaux qu'on pourra procéder à des essais de rapprochement³. Même alors, le caractère national du langage juridique s'opposera à toute unification complète.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet des difficultés qui résultent du caractère national du langage juridique ; elles empêchent l'unification du droit de s'accomplir et donnent lieu, — dans les pays fédérés, — à de grandes difficultés et controverses. Quelles que soient ces difficultés, le caractère national du langage permet à la pensée juridique d'un peuple de s'affirmer, de prendre conscience d'elle-même, de sa continuité ; le droit contribue ainsi, par son caractère original, au développement de la vie de la nation.

330. Code civil français. — On a déjà trop insisté, pour y revenir à nouveau, sur le caractère traditionnel, profondément national du langage employé par le législateur de 1804. Créé, par la pratique des derniers siècles

1. Commission n° IV, constituée à la suite de la délibération de l'Académie du 3 août 1924, extrait des procès-verbaux de la 1^{re} session ouverte le 23 juillet-4 août 1925, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1925, p. 475.

2. Il suffit de citer les noms du Président (M. le professeur de Bustamante), du vice-président (M. le professeur H. Lévy-Ullmann) et celui du secrétaire (M. le professeur Balogh), pour comprendre toute l'importance accordée aux études de cette commission.

3. V. quant aux travaux de cette commission, extrait des procès-verbaux de l'Académie publiés dans le *Bull. Soc. lég. comp.*, 1926, 1927, 1928, 1929. Il nous paraît cependant intéressant de noter que le rapport de M. le Professeur Altamira présenté à l'Académie dans la session de 1927 et se rapportant au « plan de travail en vue de rédiger un vocabulaire juridique comparé », demande l'indication dans les rapports à établir, des phrases juridiques nouvelles, des mots ayant le même sens et des sens différents dans les langues étudiées ; v. *Bull. Soc. lég. comp.*, 1927, p. 510.

qui l'ont précédé, avec des matériaux empruntés au fond traditionnel¹, il a reçu une frappe profondément originale dans les ouvrages de Pothier²; il en conserve, — tout en la dépassant, — la noblesse et la finesse de style.

Ce point a été souvent noté; aussi nous contentons-nous de le rappeler ici; il explique pour beaucoup son caractère unitaire³, essentiellement populaire⁴, simple, net, à l'opposé de la forme technique poussée souvent à l'extrême, que nous rencontrerons par la suite dans le Code civil allemand.

Avant d'aller plus loin, et d'étudier d'une façon spéciale ces différents caractères, nous tenons à relever que les travaux préparatoires ne nous offrent pas d'indications générales en cette matière; en effet, les auteurs ne sont pas toujours d'accord ni sur le caractère populaire ou technique du langage⁵, ni sur l'importance des qualités littéraires qui lui sont propres⁶. Aussi, au point de vue du langage, le Code de 1804 a été un ouvrage techni-

1. V. quant à l'influence des Ordonnances royales sur le langage, Gény, *La technique législative*, op. cit., p. 1004.

2. La forme vient surtout de Pothier « qui n'était point un penseur profond et qui reproduisait surtout les idées des autres dans une forme plus neuve, mais cela d'une façon tellement claire, gracieuse, que les rédacteurs du Code civil l'ont adopté purement et simplement ». Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, op. cit., p. 338; v. aussi Gény, *La technique législative*, op. cit., qui constate que « les rédacteurs du Code civil, ont, non seulement trouvé la rédaction de certains textes dans Pothier », mais « on peut dire que la limpidité de ce jurisconsulte, son style éminemment populaire, simple, précis, dégagé de tout inutile fatras scientifique, s'est communiqué à leur travail » (p. 1005); Ray, op. cit., p. 19.

3. Le besoin de ne « pas méconnaître l'unité réelle du texte » a été indiqué par Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1927: « c'est dans des cas tout à fait exceptionnels », qu'on rencontre telle expression qui « semble comme dépaycée, qui paraît brutalement empruntée d'un système juridique étranger ». Ex. l'art. 152: « Enfant de famille », l'étrange expression toute romaine effacée par la loi du 9 août 1919. Et dans l'art. 2274, al. 2, l'expression « compte arrêté, cédule ou obligation » qui « vient du droit coutumier et s'est trouvée dépaycée dans notre droit que la jurisprudence, au lieu de l'interpréter, a dû y substituer une autre formule » (p. 16).

4. Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*. Livre du Centenaire, 1904, t. I, p. 103.

5. V. Jean Ray, op. cit., p. 29-30; v. aussi Fenet, t. I, *Précis historique*, p. LXVIII: il en résulte que « à la suite de la réception des Observations des Tribunaux, il fut entendu le 28 messidor an IX, sur la proposition de Cambacérès, « qu'on emploierai toujours le futur dans la rédaction ». Or, on sait que ce système ne fut pas suivi dans l'ensemble.

6. Tribun Dumeril, Fenet, t. VI, Discussions. Titre préliminaire, p. 88-89.

que inconscient, préparé au cours des derniers siècles qui l'ont précédé plutôt qu'une œuvre consciemment voulue et poursuivie par les rédacteurs du Code civil. C'est ce que nous nous proposons de voir en étudiant successivement l'importance des caractères technique, littéraire et national du langage.

On a souvent noté ² que l'impression première qui se dégage du Code est celle de l'« à peu près » ; loin d'essayer d'assurer la précision des termes par le moyen des définitions, par l'emploi des mots dans un sens toujours pareil, enfin, par l'exclusion des formules trop générales, le législateur de 1804 a fait trop souvent usage d'une terminologie équivoque, à contours vagues, donnant lieu quelquefois aux pires difficultés et controverses. Les énumérer toutes serait dépasser le cadre de ce travail ; l'intérêt d'une telle énumération nous paraît d'ailleurs des plus limités, après celles si complètes qui existent déjà à ce sujet ³. Ce que seul nous nous proposons, c'est d'insister ici sur quelques-unes d'entre elles.

Certes, le Code donne quelquefois la définition des termes qu'il emploie : il en est ainsi notamment des mots « meubles », « meubles-meublant », « biens-meubles », etc... pour lesquels il établit d'une façon précise le sens qu'il leur accorde dans son texte.

Il faut cependant reconnaître que, d'une façon générale, de telles définitions n'existent pas ⁴ ; cela peut présenter de grands inconvénients, surtout en matière de biens, où le caractère constructif des règles demande souvent une précision plus grande. Il en est ainsi notamment des termes de « disposition » et d'« administration », employés par le législateur sans nous donner un

1. V. Gény, *op. cit.*, p. 1014.

2. Gény, *Science et technique*, t. III, p. 485, note 1, p. 487 et notes ; v. aussi Gény, *La technique législative, op. cit.*, p. 1015-1017 ; Otto Mayer, article publié dans la *Frankfurter Zeitung, op. cit.*, p. 402 ; Ray, *op. cit.*, p. 19.

3. Gény, *La technique législative, op. cit.*, t. II, p. 1015-1016 ; v. aussi Roguin, *op. cit.*, p. 132.

4. Cela est déjà trop connu pour y insister.

sens précis, et en les employant souvent l'un pour l'autre. Il en résulte, pour la sécurité du droit, un grand nombre de difficultés existant en cette matière¹ ; elles ont donné lieu aux systèmes les plus variés².

Faut-il encore rappeler, pour nous rendre compte des dangers qui peuvent résulter de l'absence de telles définitions, les nombreuses discussions qui naissent du manque de précision suffisante pour déterminer « les héritiers légitimes et naturels » de l'article 724³, ou encore de l'absence de fixation du sens des termes « successeur universel » et « successeur particulier » ; dans les deux cas, le législateur aurait dû indiquer les personnes qu'il considère comme telles. Le besoin de sécurité nécessaire dans la loi, demande ici des termes suffisamment précis pour éviter les nombreuses controverses existantes⁴. On ne pourrait le faire que par le moyen de la définition.

L'insécurité de la terminologie résulte non seulement de l'absence de définition ; elle provient aussi surtout de l'emploi d'un même terme dans des sens différents. Faut-il encore rappeler, pour nous en rendre compte, la multiplicité des sens accordés au mot « tiers », considéré souvent soit comme des « extranei » (art. 1165), soit même comme des « ayants cause » (art. 1321)⁵, ceux conférés au mot « acte » qui signifie tantôt contrat, tantôt l'*instrumentum* appelé à le constater⁶, les nombreux

1. V. Trasbot, *L'acte d'administration en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1920-1921, p. 213-214 ; v. aussi Géný, *Science et technique*, t. III, qui considère cette expression comme ayant un caractère économique et « comme manquant de contours nettement saisissables » (p. 471-472). Aussi le législateur devait-il « fournir lui-même en termes précis le plus grand nombre possible de déterminations nécessaires ». C'est ce qu'il a d'ailleurs fait quelquefois. V. exemples cités ; Géný, *op. cit.*, p. 472-474.

2. V. Trasbot, *op. cit.*, p. 200.

3. V. même sens, R. Saleilles, *Réglementation du passif héréditaire*, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1911, séance du 19 janvier 1911, p. 27.

4. Le caractère variant de la terminologie du Code civil français a été souvent noté, même à l'étranger, Kohler, *Technik der Gesetzgebung*, *op. cit.*, p. 350 Marcel Laborde-Lacoste, *op. cit.*, p. 18.

5. V. supériorité de la rédaction de l'article correspondant italien, art. 1319 ; H. Capitant, Rapport présenté au Comité, sur les modifications proposées aux articles 1315 à 1369 du Code civil (de la preuve des obligations), *Bull. Soc. Et. lég.*, 1919, p. 197.

6. V. quant à la large interprétation qui s'en est suivie dans la jurisprudence Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. VII, p. 162 et s. ; v. aussi Géný, *Science et technique*, t. III, p. 162, p. 485.

ses confusions existant dans le texte, entre les ayants cause à titre universel et à titre particulier ¹, pour comprendre les dangers qui peuvent résulter d'une telle terminologie. Faut-il encore citer les termes si peu précis et si équivoques des articles 1094, 1099 et les interminables discussions qui en résultent ² ?

Loin d'aider par là l'interprétation, on arrive à donner lieu aux difficultés et controverses les plus nombreuses. Aussi a-t-on souvent demandé de reviser ces termes et de leur conférer un caractère plus précis, moins sujet à variations ³.

On doit reconnaître, cependant, que cela n'est pas toujours possible ; il suffit de rappeler, pour s'en rendre compte, comment des textes d'une précision incontestable ont été tournés par l'interprétation jurisprudentielle qui les a adaptés aux besoins de la vie ; il en est ainsi notamment pour le sens large donné au terme « opposants » de l'article 808 ⁴, pour l'interprétation libérale de « mécontentements très graves » de l'article 375, enfin de celle des « excès, sévices et injures graves » de l'article 231. Dans tous ces cas — et nous pourrions en citer d'autres —, le législateur a voulu fixer, préciser, le sens des termes employés, afin de limiter le pouvoir de la jurisprudence. Il n'a pu y arriver, car les besoins sociaux et moraux qu'ils impliquaient, étaient trop importants pour pouvoir s'y plier ⁵.

Cela ne légitime certes pas l'équivoque et l'imprécision des termes premièrement cités. Tout en reconnaissant le besoin pour la loi d'être souple, adaptable, nous

1. Les exemples des textes sont trop connus pour les citer. V. cependant là-dessus la thèse de M. Marcel Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause*, thèse Bordeaux, 1916, p. 18-19, p. 22-23, p. 26.

2. V. notamment Gény, *op. cit.*, qui constate que ces articles « sont conçus en des termes si peu précis et si équivoques, que l'interprétation la plus déliée ne parvient, ni à spécifier ces sanctions, ni à en mesurer la portée d'une façon vraiment convaincante » (p. 31).

3. Cette question a été déjà souvent notée.

4. V. Ambroise Colin et Henri Capitant, *Cours élémentaire*, t. III, 1925.

5. Nous ne croyons pas qu'on puisse remettre ces termes à chaque instant « sur le coin... » comme le demande Stuart Mill (*op. cit.*, p. 266), sans donner lieu à de grandes difficultés.

avons toujours affirmé la nécessité qu'il y avait pour elle d'assurer une fixité et une précision suffisantes, pour le langage, en matière de dispositions constructives ; cela, soit par le moyen des définitions de la loi, soit par le sens précis des termes qu'elle emploie ¹. Pour le reste, on ne peut établir ici des règles trop fixes, et tout est une question de doigté de la part du législateur ².

Or, il faut reconnaître qu'à ce point de vue, le Code civil français a surpassé tout ce qui a été fait par la suite, jusqu'à l'apparition du Code civil suisse ; c'est par sa terminologie souple, facilement adaptable, qu'il a pu évoluer pendant tout un siècle avec les besoins juridiques nouveaux suscités par la vie. Son caractère populaire l'a fait accepter dans la pratique courante, le fond latin de son langage en a facilité l'introduction dans les pays de même origine et avenir.

Quant aux qualités littéraires d'un tel travail, elles ont été depuis longtemps reconnues. Il faut ajouter immédiatement que les tautologies, les équivoques sont encore trop profondes ³, les erreurs de langage subsistent ⁴. Cela est certes vrai ; nous ne pouvons cependant pas admettre l'opinion de certains distingués auteurs qui parlent, à son propos, d'une langue « abstraite », « sans couleur », « pas imaginative » ⁵. Les qualités littéraires de sa terminologie ont été, certes, souvent exagé-

1. Le législateur français s'est lui-même rendu compte de l'importance de ce système, puisqu'il le consacre quelquefois. V. par exemple, la loi du 27 juin 1904 sur « le service des enfants assistés » dont le t. I (art. 1-4) « est consacré à la technique de certains termes qui restent exactement observés dans toute la suite de la loi » (Gény, *Science et technique*, t. III, p. 489 et note 1).

2. V. Gény, *op. cit.*, p. 488 ; v. aussi M. Appert, Commission de révision du Code civil et sous-commissions réunies, Rapport sur les obligations solidaires, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1910, p. 165.

3. V. Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 82, note 2. Il faut indiquer aussi un grand nombre d'idées qu'on rencontre encore dans une même phrase. V. Larnaude, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1911, séance du 19 janvier 1911, p. 124.

4. V. notamment les erreurs si connues des art. 198-200, qui proviennent de l'absence de la mise d'accord de leur terminologie avec le droit pénal actuel. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, p. 301, n° 880 ; Gény, *Science et technique*, t. III, p. 455, n° 9 ; v. aussi au sujet des inconvénients pratiques qui résultent du terme d'« obligations conjointes », employé par le Code, Planiol, *op. cit.*, t. III, n° 716, p. 218 ; Ambroise Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, p.

5. Ray, *op. cit.*, p. 25.

rées¹ ; il faut reconnaître, cependant, que dans le style qu'il emploie, « les formules simples, concises, fortes, abondent² », la beauté et la noblesse du langage apparaissent souvent, l'unité de terminologie, l'accord entre la pensée et la forme qu'il exprime résultent aussi de l'ensemble³.

Telles sont les qualités littéraires qu'on rencontre souvent dans le Code ; elles sont dues non seulement à l'influence de l'école de Condillac⁴ ou aux travaux de Pothier ; elles résultent surtout de ce travail de cristallisation, d'affirmation du langage juridique français, accompli durant des siècles et auquel a pris part cette pléiade de doctinaires et de praticiens, qui a forgé pour la France moderne une terminologie juridique propre à exprimer sa pensée⁵.

1. Tel est le cas de Stendhal, qui affirmait lire tous les matins une page du Code civil, « pour s'enseigner des secrets du style », cité d'après Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 82.

2. V. Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 82. V. cependant à la suite de la législation spéciale, l'art. 389 « hypertrophié, contenant 15 alinéas... », cité p. 83.

3. Cela a été reconnu tant à l'étranger qu'en France. V. notamment Kohler, qui, parlant des qualités littéraires du Code civil français, le trouvait : « simple, élégant, avec une grande finesse de langage, pas trop profond mais d'une manière de beaucoup de goût », et il ajoutait : « il se distingue des lois du xvii^e et du xviii^e siècle par la noblesse et la finesse du langage.. Le Code civil est quelque chose d'unique, une création esthétique comme on n'en a jamais eu auparavant et comme on n'en aura plus probablement » (l'auteur cite Savigny, qui traitait dédaigneusement le Code et il ajoute : « cela prouve qu'il entendait beaucoup du droit, mais rien de la législation ») (*Technik der Gesetzgebung, op. cit.*, p. 348 et note 2) ; v. aussi Félime, *Philosophie du droit*, t. I, 1844 : « les lois françaises modernes, et surtout le Code civil, nous paraissent un modèle presque irréprochable de style que doit adopter le législateur ; qu'il évite les expressions confuses, que ses phrases soient courtes et sans équivoques » (p. 452) ; Otto Mayer, article publié dans le *Frankfurter Zeitung* du 20 mars 1904, *Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 402 ; v. aussi Lévy-Ullmann, discours sur le Code civil, Université de Lille ; Joseph Barthélemy, *op. cit.*, p. 82 ; Henri Capitant, *Comment on fait les lois aujourd'hui*, 1917, qui constate, en parlant des qualités littéraires du Code civil français : « écrits dans une langue simple, précise, ponctués avec soin, divisés en alinéas courts et peu nombreux, les articles sont faciles à lire et à comprendre, même pour les personnes non versées dans la science du droit. Clarté, précision, concision même, ce sont là les qualités qui le distinguent et en font un modèle qui n'a jamais été surpassé » ; (Planiol, *Grande Encyclopédie*, Code civil français, t. XI, p. 792, 2.

4. V. Génv, *La technique législative, op. cit.* ; A. Seret, Introduction. *Livre du Centenaire*, t. I, 1904, p. XX.

5. V. Bertrand, discours de rentrée à la Cour de cassation, 1888, qui constate que « le droit national avait été recueilli à ses sources vraies par des grands administrateurs, de grands magistrats et de grands hommes de science ; aucun élément n'avait échappé ; ils avaient trouvé pour l'exprimer une langue d'origine latine, analytique, précise, apte à graver d'un trait impérissable » (p. 26).

En résumé, tout en reconnaissant le besoin qu'il y a pour le Code de préciser, de fixer souvent le sens de la terminologie qu'il emploie, cela surtout en matière de règles constructives¹, nous avons vu l'impossibilité d'arriver à des normes trop générales en cette matière. Si les erreurs et équivoques s'affirment encore dans le langage, ce qui domine, c'est un ensemble net, précis, ciselé, dans une forme claire et élégante, qui ne perd en rien de sa compréhensibilité. Par là, le législateur français n'a pas été surpassé ; son langage « humain », appelé à exprimer la vie et à la servir, ne se rencontre plus dans le Code civil allemand. C'est ce que nous nous proposons de dire maintenant.

331. Code civil allemand. — Nous avons déjà dit souvent que le B. G. B., à l'opposé du Code civil français, ne se contente pas de l'« à peu près » dans la pensée et dans l'expression. Il essaye souvent d'exprimer sa pensée dans tous ses détails, dans toute sa généralité. Il tend, de plus, à la précision et à la fixité des termes, soit par les définitions qu'il emploie dans la loi, soit par le sens précis, toujours le même, qu'il accorde aux mots. Nous tenons aussi à relever ici l'importance toute nouvelle accordée dans les travaux préparatoires à ce travail de précision, dont furent chargées des Commissions spécialement créées à cet effet². Quelle que soit la supériorité technique d'un tel langage, il acquiert un caractère de lourdeur, d'incompréhensibilité ; de là, l'absence de concision nécessaire et de clarté. On a déjà souvent insisté là-dessus ; aussi ne pouvons-nous que répéter ce qui a été dit à ce propos.

L'importance de la définition dans le Code civil alle-

1. V. cependant Gény, *op. cit.*, t. III, qui constate « qu'en dépit de sa forme peu apprêtée, toute souple et presque « bonne enfant », le Code civil français a permis de fixer un grand nombre d'expressions « jusque-là inconsistantes... particulièrement dans les domaines du droit des personnes, et de la famille, des biens en général... » : v. p. 488, ex. d'expressions ; v. aussi Gény, *La technique législative*, *op. cit.*, n. 1020-1021.

2. La commission de rédaction (Redaktionsausschuss) et sous-commission de rédaction (Redaktions-kommission). V. Gény, *La technique législative*, *op. cit.*, p. 1025 et note 8.

mand, pour préciser et fixer le sens des termes, a été déjà souvent indiquée¹ ; aussi, nous contenterons-nous de rappeler qu'en accordant un sens légal et officiel aux termes, on arrivait souvent à faciliter, à simplifier le texte de loi. Le caractère de telles définitions était purement concret ; il permettait l'emploi multiple des mots, une fois définis, sans obliger à des répétitions continues ; en marquant ces définitions par des signes spéciaux, on en facilitait l'emploi².

A côté et en plus de ces définitions, le législateur a souvent voulu marquer le sens précis d'un terme, par l'ensemble des constructions dans lequel il l'emploie ; il essaye non seulement de désigner les mêmes choses par les mêmes mots, mais aussi de fixer par les tournures grammaticales leur sens précis³. Cette façon d'obtenir la technicité du langage a été souvent distinguée de l'autre⁴ ; c'est par elle, a-t-on dit avec raison, que « se caractérise la langue du Code civil⁵ » ; « ce sont, en effet, tous les mots de la langue qui ont reçu une frappe spéciale⁶ ».

On comprend facilement que cette façon de procéder n'a pas manqué d'alourdir le sens de la loi, de la rendre souvent incompréhensible. On a cependant affirmé que l'insécurité relative qui en résulte, est de beaucoup inférieure à celle absolue qui affecte la terminologie peu précise, superficielle des lois. De plus, la complexité de la

1. V. un grand nombre de ces sens : Endemann, *op. cit.*, t. I, p. 43, note 6 ; Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 31 ; Plank, *op. cit.*, t. I, p. 27 et suiv.

2. Saleilles, *op. cit.*, p. 31.

3. V. Endemann, *op. cit.*, p. 43, note 6 ; Dr Martin Wolf, Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Goldschmidt-Zeitschrift für das Handelsrecht, 1902. Stuttgart, p. 601 : v. aussi même sens, Génv, *La technique législative*, *op. cit.*, p. 1025 et note 5 ; Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 112, p. 114, 115 : cette terminologie spéciale du Code civil a été aussi appliquée au Code de commerce et à la loi d'assurance. V. Behrend, *Der Entwurf eines Reichsgesetzes über die Versicherungsvertrag*, 1901.

4. « Les expressions ont été unies entre elles dans les rapports les plus justes » (Professeur Dr Gmür, *Kommentar zum Z. C. B.*, Band I, Pern, 1913, p. 22).

5. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904, p. 113 ; v. aussi Plank, *op. cit.*, t. I, p. 53.

6. Saleilles, *op. cit.*, p. 114.

loi rend souvent impossible la compréhension directe du texte de loi ¹.

Nous avons déjà vu les avantages et inconvénients, sa possibilité de réalisation dans le Code, du caractère populaire du langage ; aussi, n'y reviendrons-nous pas.

Quant à la distinction qu'on établit quelquefois entre l'insécurité absolue et relative du Code, il y a sans doute quelque vérité dans cette affirmation ; cela surtout pour le caractère des règles constructives. L'insécurité relative disparaîtra, en effet, avec l'application du texte légal ² ; il en est tout autrement de l'insécurité absolue qui arrive souvent à détruire la raison même de la loi. Il faut cependant ajouter que, même lorsqu'il s'agit de telles dispositions, l'insécurité relative ne doit pas aller jusqu'à détruire toute compréhensibilité. On arriverait ainsi à séparer la loi de la vie, à en faire une forme vide qui ne pourrait la régir ni évoluer avec elle. Ce défaut n'est pas toujours absent du B. G. B. ; on a en effet déjà noté que « l'exposé des idées est souvent si compliqué qu'il est très difficile de s'y reconnaître ³ », cela, non seulement pour la pratique, mais même pour les juristes ⁴.

Les inconvénients qui en résultent sont d'autant plus manifestes que la précision dans le langage n'a pas toujours été réalisée ; il suffit, pour nous en rendre compte, de rappeler les nombreuses controverses et difficultés

1. Endemann, *op. cit.*, p. 43e.

2. Avec l'usage qu'on en fait. L'importance de cet élément pour la compréhension des termes juridiques nouveaux a été souvent indiquée. V. notamment Gény, *Science et technique*, qui constate que l'usage donne « le sceau définitif à des expressions verbales » (p. 461).

3. V. ex. des textes abstraits cités par Kohler, *op. cit.*, p. 355.

4. V. notamment Endemann, qui après avoir reconnu qu'on a « donné une valeur tout à fait extraordinaire à la constatation et à la formation de certaines formules », ajoute : « il est très important et très difficile de parler à fond le langage du B. G. B. L'importance de ses formules est à développer de l'ensemble de l'usage conforme et de l'opposition à d'autres formules ». Il conclut en déclarant que « ce sera une tâche postérieure d'écrire une grammaire du B. G. B., du point de vue juridique. Je renvoie surtout à la terminologie des chapitres de la « déclaration de volonté » et « des actes juridiques », *op. cit.*, p. 43, note 6 ; v. aussi Joseph Barthélemy, *op. cit.*, qui, parlant de la terminologie du Code civil allemand, y indique « une rédaction abstraite..., une langue lourde, quintessenciée, difficile pour le spécialiste, inabordable pour les profanes » (p. 82) ; Henri Capitant, *Comment on fait les lois aujourd'hui*, *op. cit.*

auxquelles a souvent donné lieu le mot « *gelten* » par exemple, employé en matière de choses fongibles par l'article 92¹ ; d'autre part, si le Code arrive à fixer le sens d'un grand nombre de termes, des plus importants pour la sécurité de la vie, " n'en est pas toujours ainsi².

Tel est ce que nous avons à dire au sujet de la nature technique du langage employé par le B. G. B. ; tout en reconnaissant la précision qui résulte de l'emploi des termes dans un sens toujours pareil³, nous avons vu qu'une telle terminologie peut être la cause de grands inconvénients et arriver à rompre tous rapports entre la loi et la pratique de la vie.

Quant aux qualités littéraires qui s'en dégagent, on a déjà reconnu que « le langage en général est correct et la tournure des phrases n'est pas sans habileté et

1. V. notamment Professeur Fr. A. Mendelssohn-Earthyoldy, *Verständliche Sprache des Gesetzes*. Rheinische, etc., 5, 1913, p. 234 et s.

2. On a quelquefois noté « une fluctuation particulière à la langue allemand » (Hermann Weck, *op. cit.*, p. 19), v. ex. cités, p. 20-21 ; v. Kohler *Technik der Gesetzgebung*, *op. cit.*, p. 360 ; v. aussi Professeur M. Muller Erzbach, qui cite de nombreux exemples, tels la notion d'« argent », qui signifie non seulement « moyen de paiement légal », mais « toutes les choses fongibles qui sont considérées dans le commerce comme de l'argent ». Cas. des art. 270, al. 1, 935, al. 2, 1653, 1806. Ainsi la notion juridique « d'argent », « est tantôt limitée, tantôt elle disparaît dans la liberté du langage ». L'auteur indique encore d'autres notions, telles celles de « fruits » qui a plusieurs sens reconnus par le législateur : « lorsque l'art. 911 parle de « fruits tombés dans le domaine du voisin », il vise par « fruits » le sens ordinaire du mot et non pas les « fruits » comme notion juridique aux termes de l'art. 99 » Die Relativität der Begriffe und ihre Begründung durch den Zweck des Gesetzes zur Verhütung der Begriffsjurisprudenz. Ihering-Jahrbücher für die Dogmatik des B. G. B., 58, Iena, 1911, p. 353. L'auteur constate d'autres nombreux cas semblables et ajoute : « on comprend toute l'insécurité qui résulte des lois qui se fondent sur des notions bien établies, si on se représente que ces notions ont plusieurs sens. La loi elle-même aime quelquefois cette manière d'expression : il en est ainsi du Code civil dans ses articles 1000, 1105, 1103, disant que quelque chose doit être payé du fond pour une charge réelle ou pour une hypothèque » (p. 356) ; v. aussi ex. cités par Gény, *Le Livre du Centenaire*, p. 1026, note 1.

3. V. même sens Kohler, *op. cit.*, qui constate que le B. G. B. se distingue par là des Codes antérieurs « qui n'ont une terminologie bien établie que là où ils la puisent dans la jurisprudence qui les ont précédés » (p. 359). L'auteur nous cite un grand nombre d'exemples où le B. G. B. est arrivé à une terminologie fixe, qui est de beaucoup supérieure à celle semblable existant dans le droit civil français. Il en est ainsi notamment de la différence établie entre « nullité et inefficacité », « attaque et exception », « choses et choses corporelles », « usage et usufruit », « consentement et ratification ». Quant à cette dernière distinction, l'auteur ajoute : « il est dommage seulement que l'expression « consentement » ait reçu à nouveau un double sens, parce que la ratification de la police émanant d'une autorité, est appelée de même consentement sans considération au temps où elle a été exprimée ». V. autres ex. cités, p. 359 ; V. aussi Gény, *La technique législative*, *op. cit.*, p. 1026-1027, v. aussi *op. cit.*, p. 1037 ; Zitelmann, *op. cit.*, p. 17.

sans goût¹ ». Cependant, la volonté du législateur de tout résoudre par le moyen des textes et des tournures qu'il emploie, a eu souvent pour conséquence de donner naissance à un langage « pénible »², « abstrait », parlant non pas à l'imagination, mais à la raison³. Ce qui augmente encore souvent l'incompréhensibilité et le caractère abstrait d'un tel langage, c'est le grand nombre de renvois employés ; nous en avons déjà parlé, aussi n'y reviendrons-nous pas⁴.

On connaît aussi déjà, trop pour que nous y insistions, les nombreuses critiques qui ont été émises quant à son origine ; on a souvent dit que le caractère abstrait de tels termes était le résultat de son origine étrangère au peuple allemand⁵. Il y a là, certes, beaucoup de vérité ; le droit des Pandectes, introduit en Allemagne, l'avait été souvent d'une façon artificielle ; le langage employé était demeuré le langage des juristes.

Certes, l'Ecole du Droit naturel et ses promoteurs Leibnitz et Coving avaient essayé de créer une terminologie juridique allemande, ce besoin s'affirme encore chez Thibaut⁶. Bien plus, nous trouvons expressément affirmé dans les Instructions de l'Avant-Commission, le désir d'« employer autant que possible la langue allemande » comme terminologie juridique⁷.

Ce travail n'était pas cependant suffisamment avancé lors de la rédaction du Code ; une forme unitaire purement allemande n'existait pas encore dans le droit⁸. Il faut cependant ajouter que la tendance qu'on rencon-

1. Kohler, *op. cit.*, p. 355.

2. Le terme appartient à Kohler, *op. cit.*

3. Ray, *op. cit.*, p. 25.

4. V. quant aux inconvénients qui résultent de la trop grande longueur des mots, Hermann Weck, *op. cit.*, p. 22 ; quant aux désavantages qui résultent des renvois, v. Gierke, *op. cit.*, p. 37, p. 67.

5. Gierke, *Entwurf eines B. G. B.*, 1888, p. 38 ; v. aussi Ihering, *Du rôle de la volonté dans la possession*, qui tout en reconnaissant ce caractère au langage juridique, y voit une qualité et une possibilité de développement.

6. Dans sa brochure parue *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Recht für Deutschland*, 1814, Leipzig.

7. Procès-verbal du 19 septembre 1874, cité d'après Helder, *Kommentar des B. G. B.*, p. 9, note 1.

8. V. Rudolf Birlieng, *op. cit.*, p. 451, note 16.

tre aujourd'hui en Allemagne et qui consiste à remplacer la plupart des mots latins par des expressions similaires allemandes, nous paraît souvent déplacée ; tout en reconnaissant le besoin pour le Code civil d'exprimer ces règles dans un langage national, nous croyons cependant que tout excès en cette matière peut conduire à des conséquences contraires. Il ne faut, en effet, pas oublier que les termes latins, consacrés par le Code civil allemand, ont passé dans l'usage commun ; on ne peut donc les écarter sans risquer de donner ainsi lieu à une grande insécurité ¹.

Tout en reconnaissant la supériorité du B. G. B. sur le Code civil français, au point de vue de la précision et de la sécurité qu'il accorde aux termes, il nous fait souvent assister au conflit des besoins contraires du fond et de la forme. Ce conflit n'a pas été toujours bien résolu dans le Code ; la clarté de la forme a été souvent sacrifiée à celle du fond. Cela constitue sa faiblesse et le distingue du Code civil suisse.

332. Code civil suisse. — Le langage employé par ce Code se distingue de celui du B. G. B. par son caractère souple, populaire, facilement adaptable. Il se rapproche par là du Code civil français, dont il se distingue cependant par la clarté et la profondeur dans l'expression de l'idée ². Enfin, par la pluralité des textes qu'il contient, il donne souvent lieu à des difficultés non encore rencontrées dans les Codes qui l'ont précédé.

Le caractère souple, populaire, facilement adaptable du Code civil suisse a été souvent relevé. Loin d'essayer de limiter les pouvoirs du juge par la précision et la fixité des termes, employés toujours dans un même sens

1. Ce défaut se manifeste surtout dans le premier projet du B. G. B., aussi a-t-il été noté souvent d'une façon saisissante. V. notamment Bähr, *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, 1889, p. VII. V. aussi note n° 284.

2. Hüber, *Exposé de motifs*, t. I, p. 28 ; Gmür, *Kommenlar zum B. G. B.*, band I, Bern, 1913, p. 22 ; v. cependant Gény, *La technique législative*, op. cit., p. 1034 ; Robert Guex, *Le droit civil en suisse*, 1869-1919. *Livre du Cinquantenaire*, 1923, t. I.

ou définis dans la loi, par la construction des phrases, les rédacteurs du Code ont écarté toute distinction entre les dispositions absolues et relatives dans le choix du verbe. Ils ont ainsi conféré à la loi un grand pouvoir d'évolution et d'adaptation. Il en est de même par le caractère souple des termes qu'ils emploient. Ils assurent ainsi non seulement l'adaptation du texte, mais sa facile compréhension.

Il importe cependant d'ajouter que le caractère simple, souple, du langage n'a pas empêché le législateur de rechercher à diminuer l'insécurité de la terminologie ; il y est arrivé en employant souvent les mêmes mots pour exprimer les mêmes idées. Cela était d'autant plus nécessaire qu'il fallait rapprocher le sens des termes existant dans les différents textes.

Il faut cependant reconnaître qu'on ne trouve nulle part, dans le Code civil suisse, des excès semblables à ceux du B. G. B., et que, grâce à l'influence personnelle de Huber, on n'a jamais sacrifié le besoin de l'adaptabilité à celui de la précision : aussi, ses formes un peu lâches « prêtent souvent à des interprétations très diverses ² ».

Tel est ce que nous avons à dire au sujet du caractère technique du langage employé par le Code civil suisse ; le législateur suisse s'est rendu compte de l'intérêt qu'il y avait à assurer la précision de la loi par l'emploi des mêmes mots dans un sens toujours pareil. Il a évité cependant les excès rencontrés dans le B. G. B. par l'emploi des mots irréguliers ³, et surtout en évitant de tout résoudre, de tout fixer par le moyen des constructions grammaticales.

Il a ainsi assuré la souplesse du texte et sa facile évolution ; il a surtout augmenté sa compréhensibilité et assuré le caractère démocratique de la loi.

1. Hüber, Exposé des motifs, t. I. L'auteur constate que « l'impression de monotonie qui en résultera sera moins grande que l'imprécision dans le sens même de la loi » : v. aussi même sens, comptes rendus de la Commission de rédaction du 20 novembre 1907, cité par Rossel et Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, 1912, t. I, p. 46.

2. V. Guex., *op. cit.*

3. Ray, *op. cit.*

Quant aux qualités littéraires du texte, — nonobstant les rares faiblesses qu'on y rencontre ¹ et les obscurités qu'on a si souvent exagérées ², — elles dépassent tout ce qui a été écrit jusqu'à lui ; la clarté, la simplicité, la noblesse de son langage ont été souvent notées ³.

Quoique plus complet que le Code civil français, il est relativement beaucoup plus court ⁴ ; il garde toute sa clarté.

Cela s'explique par son langage simple et concis ⁵, par la faible étendue de ses articles ⁶, par l'exclusion des équivoques, enfin, par « une série d'expressions fortes, issues du peuple, transmises dans le droit et incitant à la fantaisie ⁷ ».

Par la faible étendue de ses articles, par sa simplicité, enfin par la force de l'expression, il acquiert une clarté et une netteté qui n'ont jamais été surpassées ⁸. Elles s'obtiennent dans chacun des textes par la valeur propre qui leur a été accordée, par la préférence donnée « aux expressions indigènes ⁹ ».

1. Joseph Kohler, Eugène Hüber und das Schweizer Zivil Gesetzbuch *Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrech.*, 5, 1913, p. 3.

2. V. Robert Guex, *op. cit.*

3. V. notamment Rabel, *op. cit.*, p. 310; Teissier, A propos du Code civil suisse, édit. de M. Lupold, *Rev. gén. du droit*, 1908 : l'auteur constate que « le texte allemand de la loi, indépendamment de sa haute valeur juridique, a été apprécié comme une œuvre capitale au point de vue de la langue ; on peut faire le même éloge des rédactions française et italienne dont le style nerveux et concis ne cède en rien à l'original allemand. Les trois langues en vigueur en Suisse, ont rivalisé d'efforts pour trouver chacune le mot propre à rendre la même idée » (p. 288) ; v. même sens Professeur Dr Gmür qui déclare : « on peut dire du texte allemand que sa brièveté, sa clarté et font de lui, en quelque sorte un chef-d'œuvre littéraire » (*Kommentar zum Z. G. B.*, Band 1, Bern, 1913, p. 21).

4. Puisqu'il contient moins de 1.000 articles « dont presque aucun n'a plus de trois alinéas » (Robert Guex, *Le droit civil en Suisse*, 1869-1919. *Livre du Cinquantenaire*, t. II, p. 55).

5. *Ibid.* ; Huber, Exposé de motifs, t. I, 1904 : « En dehors des énumérations dans le droit des tutelles, pour les actes nécessitant le consentement de l'autorité tutélaire, jamais plus de trois alinéas par article », et l'auteur ajoute : « les alinéas composés en général d'une seule phrase... Les subdivisions sont rares et nulle part l'article n'a été divisé en paragraphes », p. 13, v. aussi p. 17; Message du 28 mai 1904, p. 10; Joseph Kohler, *op. cit.*, p. 2; Professeur Dr Gmür, *op. cit.*, p. 19.

6. *Ibid.*

7. Joseph Kohler, *Eugène Huber, und das Schweizer Zivil Gesetzbuch*, *op. cit.*, p. 2.

8. Il semble d'ailleurs que ces qualités soient propres à toutes les lois suisses en général. V. M. de Riedmatten, Notice sur le mouvement législatif en Suisse, *Bull. Soc. lég. comp.*, 1880, p. 467-468.

9. Rabel, *op. cit.*, p. 310; c'est ce que constate aussi Saleilles, *Le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse*, *op. cit.*, p. 548.

Certes, des imprécisions et difficultés peuvent souvent en résulter ; il faut cependant reconnaître que seul l'emploi d'une terminologie nationale a pu conférer au Code une limpidité et une force d'expression suffisantes.

Tel est ce que nous avons à dire au sujet du langage dans le Code civil suisse ; par ses qualités techniques et littéraires, il arrive à assurer la compréhension du Code et la pénétrabilité dans la pratique du peuple, il en augmente la souplesse et son pouvoir d'évolution. Il confère en même temps, par la précision et fixité accordées aux termes, la sécurité nécessaire à la vie.

333. Nous terminons ainsi avec ce que nous avons à dire au sujet du langage employé comme procédé de technique législative. Nous avons vu quelle a été l'importance de son rôle historique, sa valeur acquise en premier, son évolution par la suite pour devenir aujourd'hui un simple procédé de technique législative destinée à préciser et à évoquer la pensée juridique.

Il s'en distingue cependant par les rapports profonds qui existent entre le langage et le fond qu'il exprime ; aussi, toute amélioration dans la terminologie arrive à avoir ses répercussions sur le fond.

Nous avons ensuite étudié les différents caractères du langage, — techniques, littéraires, nationaux, — la façon dont ils collaborent à un même but commun.

Enfin, nous avons essayé de déterminer certains traits du langage des différents Codes. Nous avons vu à cette occasion quelle a été l'attitude prise par les différentes législations pour concilier les deux principes contraires souvent rencontrés en matière de technique : celui de la sécurité et celui de l'adaptabilité de la loi à la vie. Nous avons vu que ce dernier l'emporte de plus en plus...¹. Nonobstant ce principe, nous avons dit que le développe-

1. V. notamment pour le Code civil brésilien, tout dernièrement paru, la préface de M. Clovis Bevilacqua, Code civil des Etats-Unis du Brésil, Office de Législation étrangère et de Droit international, Paris, Imprimerie Nationale, MDCCCXXVIII, p. XLIX ; v. cependant besoin contraire affirmé chez Gény, *La technique législative*, op. cit., p. 1022.

ment de la technique législative et le besoin de sécurité qu'elle est appelée à satisfaire exigent de plus en plus « d'exprimer sous la même forme des idées qui reviennent fréquemment ». On assure par là la sécurité de la vie tout en n'empêchant pas l'évolution de la loi.

Aussi ne pouvons-nous pas admettre la façon de procéder du Code civil soviétique qui, par les erreurs et les équivoques du langage employé, arrive à détruire toute sécurité dans la loi¹. Nous ne croyons pas que la cause doit être recherchée dans l'emploi de la forme populaire du langage, mais bien plutôt dans l'absence d'une forme de langage national destinée à exprimer la pensée juridique préalablement établie.

VI. — CONCLUSION

Nous terminons ainsi avec ce que nous nous proposons de dire au sujet des procédés techniques intervenant dans la rédaction de la loi. Nous avons vu comment le législateur avait besoin de moyens spéciaux, propres à son esprit, pour simplifier, pour préciser la multiplicité des faits de la vie. Nous avons étudié les principaux d'entr'eux et parlé de la présomption, de la fiction, de la définition, de la classification et du langage.

Alors que les deux premiers ont surtout pour effet de simplifier la complexité de la vie et de légitimer certaines conséquences nouvelles imposées par elle, les derniers ont pour but d'affirmer et d'évoquer à l'esprit certaines images destinées à faciliter la compréhension ou même à exprimer la pensée juridique.

Nous avons vu l'importance de la valeur de chacune d'entre elles et la façon dont elles contribuent à assurer la réalisation de la loi. Procédés logiques, artificiels, créations de l'esprit, leur valeur est en fonction du but qu'elles sont appelées à satisfaire² ; aussi le danger con-

1. V. au sujet de ces erreurs et équivoques, E. Lambert, *Introduction à l'étude des Codes civils soviétiques*, p. 6 et s.

2. Perreau, A propos des *Notions fondamentales du droit privé*, *Revue générale du droit*, 1912, p. 291.

siste en cette matière de leur accorder une valeur propre. Cela est vrai pour tous les procédés, même pour le langage ; celui-ci ne doit être admis que dans la mesure où il arrive à exprimer d'une façon claire et précise la pensée qu'il renferme. Ce n'est qu'ainsi qu'il pourra maintenir sa nature de procédé technique, c'est-à-dire de moyen destiné à faciliter la compréhension du droit...

CONCLUSION

Nous arrivons ainsi à la fin de notre travail de technique législative ; l'étude entreprise nous a fait percevoir le besoin d'une science spéciale, consciemment appliquée et suivie en notre matière. Le législateur ne peut désormais plus se contenter de l'« à peu près », de l'incohérent, il doit conférer aux questions de forme une valeur égale à celles de fond. Cette nécessité, qui semble avoir été toujours ressentie d'une façon inconsciente, paraît avoir acquis une autorité toute nouvelle ; la complexité de la vie, les transformations brusques dans le droit civil auxquelles nous assistons, la confusion qui en résulte souvent, rendent de plus en plus difficile la tâche du législateur. Aussi les lois spéciales, à formules particulières, voisinent-elles souvent avec les textes généraux...

Etudiées au point de vue de la codification civile seulement, les difficultés résultent de l'impossibilité de concilier les deux principes contraires qui régissent toute activité dans le droit ; nous voulons parler de celui de la sécurité et de l'adaptabilité du droit à la vie. Tout texte de loi est soumis, en effet, à deux forces contraires : celle de la stabilité et de l'évolution. Le besoin de sécurité auquel paraît répondre la rédaction de la loi exige de plus en plus la présence de formules à caractère précis, stable ; plus la vie se complique, plus ce besoin de stabilité paraît nécessaire. Cela surtout en matière de codification qui constitue un procédé avancé de technique législative.

On conçoit cependant facilement que cela n'est pas toujours possible ; la vie, dans sa mobilité continue, exige un texte approprié qui l'exprime ; pour pouvoir la

servir, le texte de loi doit s'y adapter et évoluer avec elle. L'évolution est la règle de toute chose. Elle se manifeste dans le texte législatif comme ailleurs ; ce que seul on peut demander, c'est qu'elle s'accomplisse suivant un rythme moins accéléré, dans certaines matières que dans d'autres.

Afin d'établir d'une façon précise ces matières, nous avons étudié successivement les différents facteurs qui interviennent dans la rédaction de la loi ; nous avons ainsi vu comment, avec le développement du facteur idéal, la forme du Code acquiert plus de souplesse, plus de facilité d'adaptation. La formule générale remplace le cas d'espèce.

Cela apparaît aussi par suite de l'intrusion toujours plus grande de la vie économique dans le droit civil. Ici encore, nous avons constaté le besoin pour le Code d'avoir des formules toujours plus souples, toujours plus sujettes à évolution. En présence de la complexité de la vie, le législateur doit se contenter de poser des formules générales constituant de véritables directives pour le juge ; il confie à cet organe une partie de son pouvoir ; le juge est appelé à individualiser la règle suivant les cas. On assure ainsi l'adaptation du texte et l'équité dans le droit.

Quelle que soit la souplesse qui est ainsi conférée au texte de loi, nous avons vu qu'elle n'est pas toujours possible. Le besoin de sécurité l'emporte souvent ; il en est ainsi notamment dans toutes les matières de droit qui tendent à l'organisation de la propriété, de la famille, de la capacité, etc... Ces règles que nous avons étudiées, sous le titre de « Facteur politique », exigent des formules précises, certaines...

Il paraît ainsi d'une façon indubitable que toute technique législative est d'abord en fonction des facteurs de fond qu'elle exprime ; elle a certes ses règles propres, mais celles-ci sont profondément influencées par les premières et même souvent dominées par elles. L'importance que nous leur avons accordée, et qui apparaît déjà,

pour partie au moins, dans certains ouvrages précédents¹, s'explique dès lors facilement : les rapports profonds qui existent entre les règles de fond et de forme, ne permettent pas d'ignorer complètement les premières. Aussi avons-nous commencé par elles, pour passer ensuite à l'étude des règles propres à la technique législative interne.

Les énumérer à nouveau nous paraît inutile ; ce que seul nous voulons rappeler, c'est que les règles et procédés légaux ne sont que des formes construites, artificielles de notre esprit ; elles n'ont de valeur que dans la mesure du but qu'elles sont appelées à satisfaire. Cette idée, sur laquelle nous avons souvent insisté, nous paraît capitale pour notre étude ; moyens artificiels de notre esprit, elles doivent, pour pouvoir servir la vie, s'y conformer. Elles ne peuvent, dès lors, acquérir une valeur absolue, sans perdre toute raison d'être.

On voit ainsi toute l'importance qu'acquiert la technique législative dans notre droit moderne, puisque d'elle dépendent la sécurité de la vie et la bonne réalisation de la loi. Certes, des règles trop précises ne peuvent exister en cette matière et tout est souvent une question d'art, de doigté de la part de celui qui les applique. Si cela est vrai, il importe cependant d'ajouter que notre époque moderne exige une technique législative consciente, et demande la réunion d'un minimum de qualités conformes dans la rédaction du texte de loi.

De là la nécessité d'organiser le travail de rédaction d'une façon appropriée, pour suffire aux besoins toujours nouveaux de la vie juridique ; cela a fait l'objet de notre première partie de ce travail qui a porté sur la technique législative externe. Nous nous sommes certes rendu compte, en abordant cette partie de notre étude, des nombreux problèmes de droit constitutionnel qu'elle posait ; conscient de notre manque de compétence en cette matière, nous n'avons pas essayé de les résoudre

1. V. notamment Alfredo Colmo, *Técnica legislativa del Código civil argentino*, sec. ed., 1927, Buenos-Aires.

d'une façon complète. Nous ne les avons effleurés que dans la mesure où cela nous paraissait absolument nécessaire à notre étude de technique législative civile...

La bonne rédaction des lois au Parlement, au Conseil d'Etat, etc..., pose en effet un ensemble de questions d'une importance primordiale pour notre droit civil. Aussi, à la suite de civilistes des plus distingués¹, nous sommes-nous permis d'aborder cette matière ; nous avons commencé par étudier le fonctionnement des différents organes, en notre matière, pour examiner ensuite l'objet auquel s'applique cette fonction. Nous avons étudié ainsi tour à tour ceux qui interviennent dans la rédaction de la loi, et ceux qui aident à l'information.

L'information acquiert dans nos lois modernes une valeur et une importance toutes nouvelles ; elle précède toujours la rédaction des lois plus importantes. La considérant comme une fonction ayant sa valeur propre, nous l'avons placée à la fin de notre première partie.

Tels sont les principaux côtés de notre travail. Les questions examinées sont si complexes que leur étude approfondie aurait nécessité des développements beaucoup plus étendus que les nôtres ; de plus, que pourrait-on dire de nouveau en une matière où tant de sommités de la pensée juridique civile avaient déjà tracé la voie à suivre ? Il suffit de citer des noms tels que Zitelmann, Geny, Colmo, pour comprendre toute la vérité de nos dires.

Mieux que quiconque, nous connaissons les insuffisances et lacunes de ce travail ; qu'on dise que nous ayons trop osé en l'abordant, nous en conviendrons. Un tel travail clôt une vie d'expérience et de labeur et ne peut être le résultat de quelques années d'étude. Aussi nous promettons-nous de la reprendre par la suite.

Si nous l'avons abordé dès maintenant, c'est que nous avons cru utile, de fixer à nouveau certains points. La technique législative nous paraît avoir aujourd'hui une

1. V. Capitant, *Comment on fait les lois aujourd'hui*, 1917.

valeur toute spéciale : cela non seulement à cause de la complexité croissante de la vie juridique, des tendances à l'unification internationale des Codes civils, mais aussi et surtout par suite des transformations sociales et politiques intervenues dans les pays nouvellement formés. Le besoin d'une codification civile unique est, dès lors, nécessaire pour consacrer ces transformations, consolider l'unité nationale et permettre à la nation de prendre conscience d'elle-même sur le terrain du droit. Comment pourrait-on y arriver sans observer les règles de la technique législative ?...

Aussi ne pouvons-nous que remercier le Maître illustre qui nous a proposé de prendre ce sujet, et a bien voulu nous aider de ses conseils.

Puisse ce modeste travail apporter sa contribution à l'œuvre législative grandiose que nous souhaitons à notre pays ... — l'auteur de ces lignes en serait suffisamment récompensé.

Vu, le Doyen,
H. BERTHELEMY.

Vu, le Président de la Thèse,
R. DEMOGUE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE

- ACHER (Jean). — Essai sur la nature de l'action paulienne (*Rev. trim. de Droit civil*, 1906, p. 85-118).
- AFTALION (A.). — *L'extension des droits de la femme mariée sous le régime de la communauté dans la pratique française et les causes de cette évolution coutumière*. Rapport présenté au Congrès international de Droit comparé, tenu à Paris en 1900 (Procès-verbaux des séances et documents, Paris, 1905).
- ALTAMIRA. — Rapport sur le plan de travail à adopter en vue de rédiger un vocabulaire juridique (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1927).
- ALTEN. — *Law in the making*, Oxford, 1927.
- ALVAREZ. — *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, in-8°, Paris, 1904.
- APPERT (G.). — *Les obligations solidaires*. Rapport présenté à la Commission de révision du Code civil (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1910, p. 149-158).
- APPLETON. — Rapport sur la réforme du Code de procédure civile, Congrès annuel des Avocats, Nice, 3 avril 1929 (*Le Temps* du 6 avril 1929).
- ARCANGELI (Ageo). — *Verso la nuova codificazione*, Bologne, 1926.
- ARON (G.). — *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*, thèse, Paris, 1895.
- ASCOLI. — *L'évolution du droit privé en Italie. Livre du Cinquantenaire de la Société de législation comparée*, t. II, 1923, p. 197 et suiv.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e éd., 12 vol. in-8°, 1897-1922.
- AUCOC (Léon). — Catalogue de la Bibliothèque du Comité de législation étrangère institué au Ministère de la Justice (*Compte rendu Ac. Sc. mor. et pol.*, t. CXIII, 1880, p. 171).

- Rapport sur l'ouvrage d'Ernest Lehr, *Eléments de droit civil espagnol* (*Compte rendu Acad. Sc. mor. et pol.*, t. 117, p. 788).
- Note sur le Code civil espagnol (*Compte rendu de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1889, I, p. 917-920).
- Les études de législation comparée en France. Séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques (*Compte rendu*, 1899, I, p. 108-122).
- BABINSKI (Léon). — L'état actuel de la codification en Pologne (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1925, p. 458-472 et 1926, p. 139-154).
- BAHR (O.). — *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung. Kritische Vierteljahresschrift*, 20 Neue Folge, 1888.
- *Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Kassel, 1892.
- BAKER (P. J.). — The Codification of international law (compte rendu dans *Revue de Droit international*, 1926).
- BARDA (Ernest). — Les principales réformes fascistes (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1928, p. 279-27).
- BARTHÉLEMY (J.). — Le Gouvernement législateur. Le projet de délégation du pouvoir législatif (*Revue pol. et parl.*, mai 1917, p. 5).
- *Le problème de la compétence dans la démocratie*, Paris, 1918.
- Rapport sur une proposition de réforme du règlement (Chambre des députés, séance du 3 juin 1926, Annexe n° 2945).
- La résolution du 15 juillet 1926 et la réforme des méthodes parlementaires (*Mélanges Hauriou*, 1 vol. gr. in-8°, Paris, 1929).
- BARTHÉLEMY (J.) et DUEZ (P.). — *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, in-8°, Paris, 1926.
- BARTIN (Etienne). — Etudes sur le régime dotal *Travaux et mémoires des Facultés de Lille*, t. II, 1892).
- *Etudes de droit international privé*, Paris, 1899.
- Protection et tutelle des enfants naturels (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1904).
- Des droits et pouvoirs du père comme administrateur légal (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 297-12 et 333-40).
- Préface au 8^e volume d'AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e édit.

BATBIE. — Révision du Code Napoléon (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1866).

BAUDOUIN. — Discours prononcé le 11 décembre 1902 (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1903, p. 21-26).

— Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de la Cour de Cassation (*Gazette des Tribunaux*, 1911).

BECQUART (J.). — *Les mots à sens multiple dans le droit civil français*, in-8°, thèse, Lille, 1929.

BEHREND. — *Der Entwurf eines Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag*, 1901.

BELIME (W.). — *Philosophie du droit, ou Cours d'introduction à la science du droit*, 4^e édit., 2 vol. in-8°, 1881.

BENOIST (Charles). — Les maladies de la démocratie (*Revue des Deux-Mondes*, 1925).

BENTHAM. — *Œuvres complètes*, publiées par DUMONT, 3 vol. in-8°, Paris, 1840.

— *Traité de législation civile et pénale*, 2^e édit., Paris, 1820, 2 vol.

BÉRARD (Léon). — Rapport présenté à la Chambre des Députés relatif au projet de loi voté par le Sénat instituant les pupilles de la Nation (*Journal officiel*, séance de la Chambre du 19 juillet 1917).

BERGSON (H.). — Introduction à la métaphysique (*Revue de métaphysique et de morale*, 1902).

BÉRNEY (Jacques), professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne. — *L'initiative populaire et la législation fédérale*. Recueil publié par la Faculté de Droit de Lausanne, 1896, p. 297.

BERTHÉLEMY (Henri). — Le pouvoir réglementaire du Président de la République (*Revue pol. et parl.*, 1898, t. XV, p. 5-15 et 322-335).

— *Traité élémentaire de Droit administratif*, 12^e édit., Paris, 1930.

BÉRTRAND. — *De la codification*. Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de la Cour de cassation, Paris, 1888, in-8°.

BEUDANT (Ch.). — *Cours de droit civil français*. Introduction. Explication du titre préliminaire du Code civil, in-8°, 1896.

- BEVILAQUA (Clovis). — Préface au Code civil brésilien, Code civil des Etats-Unis du Brésil. Office de Législation étrangère et de droit international, Paris, 1928.
- BIERLING (Ern. Rudolf). — *Juristische Prinzipienlehre*, 4 vol., Friburg et Leipzig, 1894-1914.
- BINET. — *La femme dans le ménage*, thèse, Nancy, 1904.
- BLONDEL (Georges). — Le Code civil allemand et les ouvriers (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1900-1901, p. 86-101).
- BLUNTSCHLI. — *Die neueren Rechtsschulen d. deutsch. Juristen*, Zurich u. Frauenfeld, 1844.
- *Le droit public général*, traduit de l'allemand par A. de Riedmatten, Paris, 1881, 1 vol. in-8°.
- BOIVIN-CHAMPEAUX. — Discours prononcé le 18 novembre 1905 à la Conférence de la Cour de cassation.
- BONNECASE (J.). — Suppl. au *Traité théorique et pratique de droit civil* de Baudry-Lacantinerie, t. I, 1924, in-8°.
- La philosophie du Code Napoléon appliquée dans la famille (*Revue gén. de droit*, 1920).
- BONFILS. — *De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers en matière civile, commerciale et criminelle* Paris, 1865.
- BORGEAUD (Charles). — *De l'évolution actuelle du régime représentatif*.
- BOURDILLON. — Rapport sur les articles 1109 à 1118 inclusivement, présenté à la Commission de révision du Code civil (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1910, p. 75-81).
- BOURGEOIS (Léon). — Discours prononcé à la Chambre des Députés, le 3 février 1890 (*Journal officiel*, 1890).
- BOUTMY (E.). — *Essai d'une psychologie politique du peuple anglais au XIX^e siècle*, 2^e édit., Paris, 1909.
- BRIDEL (Louis). — La célébration du Centenaire du Code civil au Japon (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, p. 467-472).
- BRISAUD (J.). — *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, 1908.
- BRUN (P. Lucien). — *Le rôle et les pouvoirs du juge en droit civil suisse*, thèse, Grenoble, 1920, in-8°.
- BRUNET. — La Constitution allemande (*Revue du droit public* 1920).
- BRUNOT (F.). — *Les mots témoins de l'histoire*. Communication faite le vendredi 23 novembre 1928 à l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, Paris, 1928.
- BRYCE (James). — *Modern Democracies*, 2 vol., in-8°, Londres, 1921.

BUFNOIR. — Communication sur les travaux préparatoires d'un Code civil pour l'Empire allemand (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1880).

BUZDUGAN (Georges). — Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de la Cour de cassation (*Curierul Judiciar*, Bucarest, 1926).

CABONAT (Jules). — Chronique de législation ouvrière (*Revue critique*, 1905, p. 72-79).

CAILLEMER (E.). — *Des résistances que les Parlements opposèrent à la fin du XVI^e siècle à quelques essais d'unification du droit civil. Livre du Centenaire*, II, 1904, p. 1074-1108.

CAMPION (L.). — *La théorie de l'abus des droits*, Bruxelles-Paris, 1925.

CAPITANT (H.). — Comparaison du projet de loi relatif au contrat d'assurance déposé à la Chambre des députés le 12 juillet 1904 avec le projet allemand de 1903 et le projet suisse de 1904, concernant le contrat d'assurance (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, p. 520-588).

— Les notions fondamentales du droit privé d'après le livre de M. Demogue (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, p. 729).

— Comment on fait les lois aujourd'hui (*Rev. pol. et parlem.*, 10 juin 1917, p. 205 et suiv.).

— Constitution d'un comité italien et d'un comité français pour réaliser l'union législative entre les nations amies et alliées (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1917-1918, p. 177-184).

— Etude critique des restrictions apportées par les articles 1341 du Code civil français et du Code civil italien à la recevabilité de la preuve testimoniale (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1917-1918, p. 190-226).

— Rapport présenté à la Société d'Etudes législatives sur les modifications à apporter aux articles 1315 à 1369 du Code civil (De la preuve des obligations) (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1918).

— Essai sur la subrogation réelle (*Rev. trim. de droit civil*, 1919, p. 385 et suiv.).

— Introduction en Alsace-Lorraine du droit civil français (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1921).

— *Introduction à l'étude de droit civil*, in-8°, Paris, 1922.

- *Les transformations du Droit civil français depuis cinquante ans, Livre du Cinquantenaire*, t. I, 1922, p. 51.
- Le traité des obligations en général de M. R. Demogue (*Rev. trim. de droit civil*, t. XXII, 1922, p. 957).
- *La cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 2^e édit., in-8°, Paris, 1925.
- La législation de la Pologne depuis sa libération jusqu'à 1928 (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1928, p. 411-516).
- Préface au *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, par Basile ELIACHEVITCH, t. I, Paris, 1920.
- CAUDEL (M.). — La crise du parlementarisme (*Rev. Sc. pol.*, 1926, p. 372).
- CÉSAR-BRU. — Méthodes d'interprétation du droit civil (*Rev. génér. de droit*, 1904).
- CHAMPCOMMUNAL (J.). — Le droit des personnes d'après le Code de famille soviétique (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1926, p. 290-320 et 386-418).
- CHAPLET (P.). — *La famille en Russie soviétique, Etude historique et juridique*, thèse, Rennes, 1929.
- CHARDON. — *L'administration de la France, Les fonctionnaires de gouvernement, Le ministère de la Justice*, Paris, 1908, 1 vol. in-8°.
- CHARMONT. — Le droit civil et la législation ouvrière (*Revue gén. de droit*, 1904).
- Les sources du droit positif à l'époque actuelle (*Revue de métaphysique et de morale*, janvier 1906).
- CHAUDÉ (Henri). — *Le nouveau Code civil suisse dans l'œuvre de la codification moderne*, thèse, Paris, in-8°, 1909.
- CHAVEGRIN. — Préface au recueil Dareste, *Les Constitutions modernes*, I, Paris, 1928.
- CERCIELLO (Arv. Renato). — *Il metodo nella riforma dei codici con particolare riguardo al codice civile*, Roma, 1923.
- CLEMENCEAU (G.). — *Grandeurs et misères d'une victoire*, Paris, in-8°, 1910.
- COHENDY (G.). — *La méthode d'un arrêtiste au XIX^e siècle, Labbé, Son application aux questions de responsabilité*, thèse, Lyon, 1910.
- COLIN (Ambroise). — La révision du Code civil (*Gazette du Palais*, 21 octobre 1886).
- De la protection et de la tutelle des enfants naturels. Rapport présenté à la Société d'Etudes législatives (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1902-1903, p. 27-22).

- Préface au livre de H. PASCAUD, *Le Code civil et les réformes qu'il comporte*, in-8°, Paris, 1906.
- R. Saleilles et son œuvre en législation positive (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1917, p. 51-64).
- COLIN (Ambroise) et CAPITANT (H.). — *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol., Paris, 1927-1929.
- COLLINET (Paul). — Cours de Pandectes professé en 1925-1926 à la Faculté de droit de Paris.
- COLMO (A.). — *Tecnica legislativa del Codice argentino*, Buenos-Ayres, 2^e édit., 1927.
- La reforma del Codice civil (*Revista de Derecho civil*, Buenos-Ayres, 1928).
- CORNIL (G.). — Les Codes modernes et le droit romain (*Revue de droit intern.*, 1912, p. 460).
- *Le droit privé, Essai de sociologie juridique simplifiée*, in-18, 1924.
- Autonomie de la loi et autonomie de la jurisprudence, Mémoire de l'Académie de Droit comparée la Haye, 1928, p. 120.
- COSACK (Konrad). — *Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Recht*, 4^e édit., 4 vol., Iéna, 1909-1912.
- COSENTINI (Fr.). — *La réforme de la législation civile*, in-8°, Paris, 1914.
- *Le droit de famille, Essai de réforme*, Paris, 1929.
- COURTNAY (Ilbert). — *Legislative methods and forms*, Oxford, 1901.
- *The mechanics of the Law making*, Londres, 1901.
- CRICK (Daniel). — Les travaux préparatoires de la révision du Code pénal allemand (*Revue de droit intern.*, 1908).
- Crise de la loi et du contrat (*Bull. Soc. français de philosophie*, séance du 27 décembre 1924).
- CROME (Karl). — *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 6 vol., in-8°, Tübingen, 1900-1912.
- *Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français, Livre du Centenaire*, II, 1904, p. 587-614.
- CRUET (J.). — *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, in-8°.
- CRUPPI. — Rapport du ministre de la Justice Cruppi sur le Comité consultatif de législation (*Journal officiel*, 11 octobre 1911, p. 8118).
- CUOQ (Ed.). — *Les institutions juridiques des Romains, L'ancien droit, le droit classique et le droit du Bas-Empire*, 2 vol., in-8°, Paris, 1891-1902.

- DAGUIN (Fernand). — Notice sur les règlements du Reichstag allemand et du Reichsrat autrichien (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1876, p. 179-220).
- Le Code civil des Etats-Unis du Brésil (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1918-1919, p. 229-240).
- DARESTE (F. R.), DARESTE (P.), DELPECH (J.) et LAFERRIÈRE (J.). — *Les Constitutions modernes*, 2 vol., Paris, 1928 et 1929.
- DARMSTETER (Arsène). — *La vie des mots étudiés dans leurs significations*, in-8°, Paris, 1887.
- DAUDET (Léon). — *Paris vécu*, Paris, 1929.
- DAVY. — La crise de la loi et du contrat (*Bull. de la Soc. fr. de philosophie*, séance du 27 décembre 1924, p. 125).
- DELPECH (Joseph). — Le Code civil allemand (*Annales de la Faculté de droit d'Aix*, 1907).
- DEMOGUE (R.). — Les droits éventuels (*Revue générale de droit*, 1905).
- *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, in-8°, Paris, 1911.
- Code révisé des obligations par Rossel et Mentha, note bibliographique (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, p. 759).
- Compte rendu du livre de Colmo (*Revue trim. de Droit civil*, 1917, p. 417).
- Compte rendu du livre de Cény Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (*Revue trim. de droit civil*, 1919, p. 475-477).
- Rapport sur la proposition de loi de MM. Guibal et Dupin, modifiant la théorie de la lésion (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1921, p. 216-219).
- *Traité des obligations en général*, t. I, V, in-8°, Paris, 1923-1925.
- *L'unification internationale du droit privé*, leçons faites à la Faculté de Droit de l'Université de Buenos-Ayres, Paris, 1927.
- Compte rendu des Codes de la Russie soviétique (*Revue trim. de droit civil*, 1929).
- DEMOLOMBE (C.). — *Cours de Code civil*, t. XXIV, 5^e édit., 1880.
- DESCHANEL (Paul). — Discours prononcé à la Chambre des députés le 12 mars 1894 (*Journal officiel*, 1894).

- DESSERTAUX (Marc). — Abus de droit ou conflit de droits (*Rev. trim. de droit civil*, 1906, p. 119).
- DICEY (A.). — *Leçons sur le rapport entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du XIX^e siècle*, trad. par G. Jèze, in-8°, Paris, 1906.
- Discussion du projet de loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité française (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1917-1918, p. 23 et suiv.).
- Discussion du projet de loi sur la reconnaissance des enfants naturels (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1919, p. 29 et suiv.).
- Discussion du projet de loi sur la lésion (proposition de loi de MM. Cuibal et Dupin) (*Bull. Soc. ét. lég.*, 1921).
- DOMAT (J.). — *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, édition en rapport avec le Code civil par J. Rémy, 4 vol., in-8°, 18^e 5.
- DORVILLE (A.). — *De l'intérêt moral dans les obligations*, thèse, Paris, 1901.
- DUBOIS (Joseph). — Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, sur l'organisation et les travaux de l'Office de législation étrangère et de droit international; 1876-1920, Paris, 1920.
- *Constitution de Weimar* du 11 août 1919, traduite et annotée, 1920.
- DUEZ (P.). — *De l'indépendance des autorités législatives et des autorités réglementaires dans la fixation des règles de droit*, thèse, Lille, 1914, in-8°.
- DUFOUSSAT (sénateur). — Proposition de loi tendant à modifier les art. 158-160 du Code civil (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1912, p. 118-123).
- DUGUIT (L.). — *Etudes de droit public*. I. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, in-8°, Paris, 1920.
- II. *L'Etat, les gouvernants et les agents*, in-8°, Paris, 1902.
- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^e édit., Paris, 1920.
- DUMÉRIEUX (Henri). — Les fictions juridiques (*Revue gén. de droit*, 1882).
- DUMORA (André). — *Etude sur les présomptions en droit civil*, thèse, Bordeaux, 1901.

- DUPRIEZ. — *Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique*, 2 vol. in-8°, 1891-1892.
- DUQUESNE (J.). — L'organisation des études de droit en Allemagne à la suite du vote d'un Code civil d'Empire (*Revue internationale de l'enseignement*, 1902, t. XLV, p. 23, 323, 431 et 518).
- ELIACHEVITCH (Basile). — *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, t. I, Paris, 1910.
- ELECKES (N.). — *De quelques différences dans l'application du droit de rétention d'après la jurisprudence française et allemande*, thèse, Paris, in-8°, 1929.
- ENDEMANN (F.). — *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 3 vol., Berlin, 1898-1899.
- ESCARA. — La lésion dans le contrat de travail (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1906).
- ESMEIN (A.). — *Abus du droit*. Note au Sirey, 1898.I.17, sous l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 1897.
- La Jurisprudence et la doctrine (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 5-20).
- La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ? Rapport présenté à la 1^{re} sous-commission de révision du Code civil (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1902, p. 511-544).
- *L'originalité du Code civil. Livre du Centenaire*, t. I, 1904, p. 5-21.
- Le droit comparé et l'enseignement du droit. Rapport présenté au Congrès International de droit comparé tenu à Paris en 1909 (Procès-verbaux des séances et documents, Paris, t. I, 1905, p. 445-454).
- *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814, Révolution, Consulat, Empire*, in-8°, Paris, 1908.
- *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 15^e édit., in-8°, Paris, 1925.
- *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e édit., Paris, 1927, 2 vol.
- ERKELENZ (Anton.). — Dusseldorf M. de R., *Wie ein Gesetz gemacht wird, Der Deutsche Reichstag*, Berlin, 1929.
- Exposé des motifs du projet de loi instituant le Conseil législatif roumain présenté à la Chambre roumaine

- le 16 février 1925, débats de l'Assemblée Constituante, (*Monitorial Oficial*, 1925).
- Extraits des procès-verbaux de l'Académie internationale de droit comparé de la Haye (*Bull. Soc. lég. comp.*, juillet-août 1925, 1926, 1927, 1928, 1929).
- FABREGUETTES (P.). — *La logique judiciaire et l'art de juger*, in-8°, Paris, 1927.
- FAGUET (E.). — *Le culte de l'incompétence*, in-16, Paris, 1910.
- FENET (P.). — *Recueil complet des travaux préparatoires ou motifs du Code civil*, 15 vol., in-8°, 1829.
- FÉRON. — *Les commissions parlementaires et le travail législatif*, thèse, Paris, 1900.
- FIERICH (Xavier). — Compte rendu sur l'état de la codification en Pologne (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1926).
- FILITTI (I. C.). — Originea si menirea Consiliului legislativ (*Revista de Drept public*, 1925, p. 41-60).
- FLACH. — Introduction à l'ouvrage d'ALVAREZ, *Nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil*, in-8°, Paris, 1904.
- FLEYS (Léon). — Rapport présenté à la Commission de révision du Code civil sur les modifications à apporter aux sections II, III et IV du chapitre II, t. III, l. III du Code civil (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1904).
- FORGEUR. — Discussion du projet de loi relatif à la création d'un Comité de législation, mars 1857 (*Annales parlementaires de Belgique*, 1856-1857).
- FUBINI (Ricardo). — Revue législative italienne (*Revue trim. de droit civil*, 1929, p. 275-306).
- GABRIELESKO (Virgil). — *Consiliul legislativ permanent*, Craiova, 1922.
- GALLAIX (Marcel de). — L'incertitude et la complexité du droit américain et la création de l'« American law Institute » (*Revue de droit international*, 1924).
- *La réforme du Code civil autrichien* (1^{er} janvier 1917). *Textes et commentaire*, in-8°, 1925.
- GALLET. — *La fiction de rétroactivité*, thèse, Poitiers, 1903.
- GANE. — Discours prononcé à l'occasion du 1^{er} anniversaire de la fondation du Conseil législatif roumain (*Curierul Judiciar*, XXVI, 20 février 1927).
- GAUDEMET (Eugène). — *Les codifications récentes et la révision du Code civil, Livre du Centenaire*, t. II, p. 967-986,

- Jurisprudence française en matière de droit privé (*Revue trim. de droit civil*, 1919).
- GAUSHOF (Fr.). — *Flandre libérale* du 22 mai 1927.
- G FAIAND (Heinrich). — *Die Beziehungen zwischen dem Parlament und den Gerichten in England*, Berlin, 1928.
- GÉNY (François). — La notion du droit positif à la veille du xx^e siècle (*Revue intern. de l'enseignement*, t. XLI, 1901, p. 15-17).
- A propos du livre de Saleilles, *De la déclaration de volonté* (*Ann. de droit com.*, 1901).
- Contribution à l'étude de la question des « Biens réservés de la femme mariée » d'après le Code civil allemand de 1896 et l'avant-projet de Code civil suisse de 1900 (*Bull. Soc. Et. lég.*, t. I, 1901-1902, p. 155-182 et 104-116).
- *La technique législative dans la codification civile moderne*, *Livre du Centenaire*, t. II, 1904, p. 989.
- *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français*, 2 vol. in-8°, Paris, 1911.
- *Procédés d'élaboration du droit. Les méthodes juridiques*, Paris, 1911.
- *La conception générale du droit dans l'œuvre de Raymond Saleilles; L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, in-8°, Paris, 1914.
- *Science et technique en droit privé positif, Nouvelles contributions à la critique de la méthode juridique*, Paris, 1914-1924, 4 vol. in-8°.
- *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Essais critiques*, Paris, 1919, 2 vol. in-8°.
- *L'économie nationale et le Droit civil* (*Rev. trim. de droit civil*, 1930, p. 53).
- COEFFROY. — *Essai sur les présomptions légales en matière civile*, thèse, Paris, 1891.
- GIDE (Paul). — *De la législation civile dans le nouveau royaume d'Italie* (extr. *Revue historique de droit*), in-8°, Paris, 1866.
- CIERKE (Otto). — *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht*, in-8°, Leipzig, 1889.
- GILMORE. — *Legislative cooperation among the states* (*The American Bar Association Journal*, 1921).

- CINOULHIAC (C.). — *De la codification et de son influence sur la législation et sur la science du droit* (Mémoire présenté à l'Académie de Toulouse, in-8°, 1862).
- CIRARD (P. F.). — *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^e édit. in-8°, Paris, 1924.
- GIRAUD. — *La crise de la démocratie*, Paris, 1925.
- GIVANOVITCH (Thomas). — L'état du droit et de la science juridique serbes et le travail législatif dans le royaume des Serbes, Croates et Slovènes (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1925, p. 437-451).
- GIASSON (E.). — Le Code civil et la question ouvrière (extrait *Comptes rendus de l'Académie des Sciences morales et politiques*), Paris, 1886.
- La codification en Europe au XIX^e siècle (*Rev. pol. et parl.*, 1894, t. II, p. 201-221, 402-426 et 1895, t. I, p. 198-228).
 - Les sources du droit, à propos de l'ouvrage de M. Gény, intitulé *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (*Compte rendu Ac. Sc. morales et pol.*, 1900, t. 153, p. 492-505).
 - Discours prononcé à la séance solennelle du Centenaire du Code civil, tenue à la Sorbonne le 20 octobre 1904 (*Comptes rendus de l'Acad. Sc. mor. et pol.*, 1904).
 - *Grande Encyclopédie*, t. XI, Etude sur la loi.
- CMUR. — *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 6 vol., Berne, 1913.
- GORPHE (Fr.). — *Le principe de la bonne foi*, thèse, Paris, 1928.
- GOUNOT. — *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912.
- GRAF (Prof. Dr). — Der Stand des Streits und die Schtrafrechts Reforme, *Deutsche Juristen Zeitung*, 1^{er} janvier 1928, Heft I, 1928.
- GUEx (Robert). — *Le droit civil en Suisse de 1869 à 1919, Livre du Cinquantenaire*, I, p. 129-146.
- GUILLEMET (M.). — *La procédure parlementaire et les codifications*, thèse, Paris, in-8°, 1907.
- GUYOT. — L'idée de fiction (*Rev. générale de droit*, 1908).
- HAISBURY (Earl of). — *The laws of England*, London, 1907.
- HARTMANN. — Der Zivilgesetzentwurf, das Acquitätsprincip

- und die Richterstellung (*Archiv für die Zivilistische Praxis*, t. 79, 1888).
- HAURIU (M.). — Police juridique et fondement du droit (*Revue trim. de droit civil*, 1926, p. 265).
- *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1927.
- HARVEN (Pierre de). — *Mouvements généraux du droit civil belge contemporain*, Bruxelles, 1928.
- HAYEN (Henri). — A propos du livre de Gmür (*Rev. trim. de droit civil*, 1909, p. 862).
- HEDEMANN (Justus Wilhelm). — *Über die Kunst gute Gesetze zu machen, Festschrift Otto Gierke, zum Siebzigsten Geburtstag dargebracht von Schülern, Freunden und Verhörern*, Weimar, 1911.
- HENRY. — *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, thèse, Nancy, 1913.
- HÖLDER (Ed.). — Zum Allgemeinen Theil des Entwurfes eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (*Archiv für die civilistische Praxis*, 1888).
- *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Muncpen, 1900.
- HUBER (E.). — Code Civil Suisse, Exposé des motifs de l'Avant-projet du département de justice et de police, 2^e éd., in-8°, Berne, 1902, 3 vol.
- HYMANS. — Discours prononcé en 1927 à la Chambre des Représentants, à l'occasion de la discussion du budget du Ministère de la Justice (*Annales parl. de Belgique*, 1927, p. 1540).
- IHERING (R.). — *Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. Meulenaere, 2^e éd., Paris, 1886, 4 vol. in-8°.
- Du rôle de la volonté dans la possession, critique de la méthode juridique régnante (t. III des *Études complètes de l'esprit du droit romain*), in-8°, Paris, 1891.
- *Évolution du droit (Zweck im Recht)*, traduit sur la 2^e éd., allemande par O. de Meulen, 1901, in-8°.
- ISAMBERT. — L'évolution des études juridiques (*La Science sociale*, 1897, t. XXIII).
- JACQUELIN (R.). — Cours de droit administratif professé à la Faculté de Droit de Paris en 1926-1927,

- JAHREBUCHER. — *Für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrecht*, Iena, 1890.
- JAY (R.). — Le contrat de travail (*Bull. Soc. ét. lég.*, 1966).
- JÈZE (G.). — *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, 1^{re} éd., Paris, 1925.
- La politique et la finance (*Journal des Finances* du 7 mars 1900).
- JITTA (J.). — *L'évolution du Droit privé en Hollande de 1869 à 1919, Les transformations de droit dans les principaux pays depuis cinquante ans, Livre du cinquantenaire*, t. II, p. 172-182.
- JOSSERAND (Louis). — *Essai sur la propriété collective, Livre du Centenaire*, t. I, p. 357-379.
- Discours à l'occasion du Cinquantenaire de la Faculté de Droit de l'Université de Lyon, 18 mars 1926 (*Revue Intern. de l'Enseignement*, 1926, p. 277).
- *Cours de droit civil positif français*, 2 vol., Paris, 1920.
- DE JOUVENEL (H.). — Esquisse d'une réforme parlementaire (*Revue de Paris*, janvier 1927, p. 5-25).
- KAHL (Wilhem). — *Neue Aufgaben*, *Deutsche Juristen Zeitung*, 1^{er} janvier 1929.
- KAUTSKY (Karl). — *Parlementarisme et socialisme*, trad. par Berth Ed., Paris, 1900.
- KIPP (Théodor). — *Der Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahmean Kinder Statt*, *Deutsche Juristen Zeitung*, 1929, Heft 7.
- KLEINFELLER (G.). — Gesetzgebung und Rechtsprechung (*Archiv für Rechts und Wirthschaftsphilosophie*), 1907-1908.
- Gesetz und Sprache (*Archiv für Rechts und Wirthschaftsphilosophie*, 1912-1914).
- KOHLER (J.). — *Technik der Gesetzgebung* (*Archiv für die Zivilistische Praxis*, 1896).
- *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 2 vol. in-8°, 1904-1906, Berlin.
- *Eugen Huber und das Schweizer Zivilgesetzbuch*, *Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht*, 1912.
- KÖNIG (Henri). — Allocution chez le Président de la République Polonaise (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1925, p. 464).
- KORKOUNOV. — *Cours de théorie générale du droit*, trad. Tchernoff, in-8°, 2^e éd., Paris 1914.
- LABBÉ (J.). — Préface au livre de CUG. *Les Institutions Juridiques des Romains*, t. I, 1^{re} éd., Paris, 1891.

- LABBÉ (H.), — *De la préparation des lois dans les commissions parlementaires*, thèse, Poitiers, 1901, Paris, 1901, in-8°.
- LABORDE-LACOSTE — (M.), *Essai sur la notion d'ayants cause à titre particulier en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1916.
- DE LA BIGNE DE VILLENEUVE (Marcel). — *Traité général de l'Etat, Essai d'une théorie réaliste du droit politique*, Paris, 1929.
- LACOINTA (Jules), — *Introduction au Code Pénal Italien*, Paris, 1890, 1 vol., in-8°.
- LAFERRIÈRE (E.), — *Les Constitutions d'Europe et d'Amerique*, revues par M. A. Batbie, Paris, 1869.
- DE LA GRASSERIE (Raoul). — *Code Civil du Canton de Grisons*, in-8°, 1895.
- *Projet de Code Civil allemand*, in-8°, Paris, 1892.
 - *La révision du Code Civil (Bull. Soc. ét. lég., 1905).*
 - *Les principes sociologiques du droit civil*, Paris, 1906.
 - *Code civil allemand, promulgué le 18 août 1896, exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1900, 3^e éd., in-8°, Paris, 1910.*
 - *De la fonction et des juridictions de cassation en législation comparée*, in-8°, Paris, 1911.
- LAINÉ. — *L'avant-projet du Code civil belge (Bull. Soc. lég. comp., 1890).*
- LAMBERT (Ed.). — *La fonction du droit civil comparé, Introduction aux Etudes de droit comparé*, Paris, 1902.
- *Le droit civil et la législation ouvrière, La fonction dynamique de la jurisprudence et de l'interprétation sociologique du droit (Revue générale de Droit, t. XXV III, 1904, p. 152, 241, 451.*
 - *Introduction au Code civil soviétique, Les Codes de la Russie soviétique, I. Code de famille, traduit par Jules Patouillet, 1925.*
 - *Préface aux Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, Paris, 1926.
 - *Les publications tchécoslovaques de liaison scientifique internationale et les enquêtes de l'Institut per l'Europa orientale de Rome (Bull. Soc. lég. comp., 1926, p. 155).*
- LAPRADELLE (G. de). — *Cours de droit international public professé à la Faculté de Droit de Paris en 1928-1929.*
- LARCHER (Emile). — *Etude de droit constitutionnel, L'initiative parlementaire (ouvrage couronné par la Faculté de Droit de Paris)*, Paris, 1896, 1 vol. in-8°.

LARNAUDE (Ferdinand). — A propos du livre de Saleilles : *Essai d'une théorie générale des obligations d'après le Code civil allemand* (*Revue critique de droit et de jurisprudence*, 1890).

— Préface à la thèse de N. Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, Paris, 1899.

— Droit comparé et droit public (extrait de la *Revue du droit public et de la science politique*, t. XVII, 1902).

— Etudes sur les garanties judiciaires (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1902).

— *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, *Livre du Centenaire*, t. II, p. 901-931.

— Le régime légal des étrangers mariés en France (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1909).

— *Le droit public, sa conception, sa méthode*, *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 57.

— *Les sciences juridiques et politiques*, in-8°, Paris, 1916.

— L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français (*Revue pol. et parl.*, t. 136, 1926, p. 181).

— *L'évolution actuelle du régime représentatif*, *Union interparlementaire*, 1928.

— Rapport à M. le Garde des Sceaux sur l'unification législative entre la France et l'Italie, Paris, 1929.

— L'unification législative entre la France et l'Italie (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1930).

LASKI (Harold J.). — L'évolution actuelle du régime représentatif. *Union inter-parlementaire* (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1929).

LAURENT (F.). — *Avant-projet de révision du Code civil*, 6 vol. in-4°, Bruxelles, 1882-1885.

— De la compétence des tribunaux belges relativement aux étrangers (*Belgique judiciaire*, 1878).

LAURENT (Charles). — *De la fusion du droit civil et du droit commercial*, thèse, Paris, 1903.

LAVELEYE (Emile de). — *Le gouvernement dans la démocratie*, 2^e édit., 2 vol., in-8°, 1896.

LAVERY (Urban A.). — The language of the law (*The American Bar Association Journal*, 1922).

LAVISSE. — *Histoire de la France contemporaine*, t. IX.

LAWYER (Pol.). — La rédaction des lois en Angleterre, Le Parliamentary Counsel's Office (*Revue du droit public*, 1906, p. 631-649).

- LE BON (Gustave). — *Evolution de la matière*, Paris, 1906.
- LECOCQ (Lucien). — *De la fiction comme procédé juridique*, thèse, Paris, 1914.
- LEDRU-ROLLIN. — Préface au *Journal du Palais*, 1887.
- LEFAS (Aubert). — La réforme des méthodes du travail parlementaire (*Revue des Sciences politiques*, t. LII, octobre-décembre 1929).
- LE FUR. — Préface au *Traité général de l'Etat, Essai d'une théorie réaliste du droit politique*, par Marcel de la Bigne de Villeneuve, Paris, 1929.
- LÉGAL (Alfred). — Le II^e Congrès international des juristes tchécoslovaques (Brno, 1925) (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1926, p. 169-182).
- LE HÉNAFF (E.). — Le nouveau Code civil suisse (*Revue pol. et parl.*, 1908, p. 490).
- LEHR (E.). — Code civil du canton de Zürich de 1887, in-8°, Paris, 1890.
- LEPAULLE. — Communication sur l'unification du droit privé aux Etats-Unis (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1928, p. 107).
- LEROY (Maxime). — L'avant-projet du Code civil suisse (*Revue de Paris*, 1^{er} décembre 1902, p. 627-668).
- *Le Code civil et le droit nouveau*, in-16, Paris, 1904.
- L'éducation du magistrat (*Revue de Paris*, 1^{er} juin 1905, p. 527-552).
- *La loi, Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, in-8°, Paris, 1908.
- LESOUDIER (Ch.). — De la propriété des biens détenus par les congrégations illicites (*Revue trim. de droit civil*, 1908, p. 209).
- LEVÉ (A.). — Code civil espagnol promulgué le 24 juillet 1889, traduit et annoté, in-8°, Paris, 1890.
- LÉVY (Edouard). — Observations présentées à la Société d'Etudes législatives à l'occasion de la discussion relative à la reconnaissance des enfants naturels (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1919, p. 20).
- LÉVY-ULLMANN (H.). — Discours sur le Code civil, Université de Lille, 17 mai 1904 (*Revue intern. de l'Enseign.*, 1904, extr. 1 br. in-8°, Paris, 1904).
- Observations présentées dans la discussion du projet de la loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité française (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1917, p. 23).

- Contribution à la recherche d'une définition du Droit (*Revue trim. de droit civil*, 1917).
 - Rapport sur le projet relatif à l'acquisition et à la perte de la nationalité (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1917, extrait 1 br. in-8°, Paris, 1918).
 - Préface au t. I de la Collection d'études théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international, Paris, 1923, *Vers le droit mondial du XX^e siècle*.
 - *Observations générales sur les communications relatives au droit privé dans les pays étrangers*, Livre du Cinquantenaire, t. I, 1922, p. 81.
 - De l'utilité des études comparatives (*La Revue du droit*, Québec, 1^{er} mai 1922. Extrait dans 1 fasc. in-8°, Québec, 1923).
 - Le droit écossais (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1924, p. 121-149).
- LEYRET (Henri). — *Le Gouvernement et le Parlement*, in-16, 1919.
- LOCRÉ (J.). — *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 11 vol., in-8°, 1826-1831.
- LOEBE (Paul). — *Der Deutsche Reichstag, Eine kurze einföhrung in seine Arbeit und seine Organisation*, Berlin, 1929.
- LOYSEL (A.). — *Institutes coutumières* (édition revue par Dupin et E. Laboulaye, 2 vol., in-12, Paris, 1846).
- LYON-CAEN (C.). — Présentation du livre d'Emile Larcher sur l'Initiative parlementaire en France (*Compte rendu de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1896, t. 145, p. 685).
- Compte rendu du livre de Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand* (*Comptes rendus de l'Acad. Sc. mor. et pol.*, 1902).
 - Rapport sur le régime matrimonial (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1922-1923).
- LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.). — *Manuel de droit commercial*, 15^e éd., Paris, 1929.
- LYON-CAEN (L.). — *La femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pécuniaires, Etude de droit civil et de droit international privé allemand*, thèse, Paris, 1903.
- MADIER (G.). — L'association du Barreau américain (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1924, p. 227-228).
- MALEVILLE (J. de). — *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, 4 vol., in-8°, 1^{re} éd., 1822.

- MALLARMÉ. — Discours prononcé à la Chambre dans la discussion générale du projet de loi de la nationalité (*J. off.*, Débats Chambre des députés, jeudi 1 mars 1927).
- MALLIEUX (F.). — *L'exégèse des Codes et la nature du raisonnement juridique*, Paris, 1908.
- MARIN (Louis). — Proposition de loi du 2^e janvier 1920.
- MARMION. — *Etudes sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, thèse, Paris, 1924.
- MARTIN (Alfred). — *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, in-8°, Genève, 1909.
- L'abus du droit et l'acte illicite, tirage à part de la *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, t. XXV.
- MARTIN (Olivier). — *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes* (six cours professés en mars 1925 à l'Université d'Utrecht), in-8°, Paris, 1925.
- MARX (D. r. d. r.). — *Die Aufgaben des Reichstags, der Deutsche Reichstag...*, Berlin, 1929, p. 7 et s.
- MARZESCO (G.). — Discours prononcé à l'occasion de la discussion du projet de loi instituant le Conseil législatif, Débats de la Chambre des Députés (*Monitorul oficial*, numéro du 16 février 1925).
- MASSIGLI. — Révision du Code civil (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, séance du 27 octobre 1904).
- Projet de loi sur le règlement du passif héréditaire (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1910).
- MATTER (Paul). — *Cavour et l'unité italienne*, 2 vol., Paris, 1922, 1925 et 1927.
- MAXWELL (Peter Benson). — *On the interpretation of statutes*, 5th edition, London-Toronto, 1912.
- MAYER (Otto). — *Le droit administratif allemand* (traduction française, 4 vol., in-8°, Paris, 1903-1906).
- Article publié dans la *Frankfurter Zeitung* du 20 mars 1904 (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1904).
- MAYNZ (C.). — *Cours de droit romain* (5^e éd., 3 vol. in-8°, Bruxelles, 1891).
- MENDELSON (A.) et BARTHOLDY. — *Verständliche Sprache des Gesetzes, Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht*, 1912.
- MENGER (Antoine). — Le rôle social de la science du droit (*Revue d'Economie politique*, 1896).

- MENTHA. — Notice sur l'état des travaux préparatoires d'un Code civil suisse (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1900-1901, p. 163).
- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à la révision de la Constitution fédérale en vue d'introduire l'unification du droit (28 novembre 1896), in-8°.
- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse (du 28 mai 1904), Berne, 2 vol., in-8°.
- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final) (2 mars 1905), 1 vol. in-8°.
- MESTRE (A.). — *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, in-8°, thèse, Paris, 1899.
- MEULENAERE (O. de). — Introduction à la traduction française du Code civil allemand. Code civil allemand et loi d'Introduction, promulgués le 18 août 1896, pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1900, in-8°, 1897.
- MEYNIAL (Ed.). — La déclaration de volonté (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 545 et suiv.).
- Cours portant sur les régimes matrimoniaux, professé à la Faculté de Droit de Paris, en 1925-1926.
- MICESCO (D.). — *Essai sur la technique juridique*, thèse, Paris, in-8°, 1911.
- MICESCO (Istrati). — *La personnalité morale et l'indivision comme constructions juridiques*, thèse, Paris, in-8°, 1907.
- MICHON (L.). — *L'initiative parlementaire, La réforme du travail législatif*, in-8°, 1898.
- MICHOUD (L.). — *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2^e éd. mise au courant par L. Trotabas, 2 vol., in-8°, Paris, 1924.
- MILLERAND (Al.). — Faut-il réviser la Constitution ? (*Intransigeant*, 19 août 1926).
- MONTESQUIEU. — *De l'esprit des lois*, 2 vol. in-16, Paris, 1922.
- MONZIE (de). — Discours prononcé à la Chambre des députés le 7 février 1919 (*Journal officiel*, Débats Chambre des députés, 1919).
- MORANDIÈRE (J. de la). — Notes parlementaires (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, 1911).
- MOREAU (Félix). — *La révision du Code civil et la procédure législative Livre du Centenaire*, t. II, 1904, p. 1041-1071.

- MOREL (M.). — *De la mise en possession du gagiste dans le contrat de gage, Caractère véritable du gage sans dépossession*, thèse, Crenoble, 1902.
- MORIN (G.). — L'individualisme du Code civil (*Revue de métaphysique et de morale*, 1917).
- *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920.
- La crise de la loi et du contrat (*Bull. Soc. française de philosophie*, séance du 27 décembre 1924).
- *La loi et le contrat, La décadence de leur souveraineté*, Paris, 1927.
- MORNET. — *Du rôle et des pouvoirs de la jurisprudence en matière civile (1804-1904)*, thèse, Paris, in-8°, 1904.
- MORO-GIAFFERI (de). — Préface à la thèse de M. Cohin, *L'abstention fautive en droit civil et pénal*, in-8°, Paris, 1929.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Band 1, Allgemeiner Theil, 1888.
- MOULIN (E.). — *L'unité de législation civile en Europe*, Paris, 1865.
- MÜLLER. — Article publié dans *Deutsche Juristen Zeitung* à l'occasion du centenaire du Code civil (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1904).
- MÜLLER-ERZBACH. — Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes zur Verleuchtung der Begriffsjurisprudenz, *Ihering-Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Iéna, 1911.
- NAST (Marcel). — *Le problème de la personnalité juridique. A propos du livre de M. Saleilles, De la personnalité juridique*, s. l. n. d., 1 br. in-4°.
- *La fonction de la jurisprudence dans la vie juridique française*, Strasbourg, 1922.
- NEUMANN-GOTTLIEB (Auguste). — *Observations sur le système du droit privé* (Mémoire publié à l'occasion du jubilé de l'Université, Genève, 1909).
- NIBOYET (J. P.). — *Manuel de droit international privé*, 2^e éd. du Manuel de A. Pillet et J. P. Niboyet, Paris, 1928.
- *Chronique de droit international privé (Revue critique de législation et de jurisprudence, t. XLX, 1920)*.
- NOLDE. — Le Code civil de la République des Soviets (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1925).
- OCTAVIO (Rodrigo). — La codification du droit civil au Brésil (*Revue trim. de droit civil*, 1920).

- ORDINAIRE (Maurice). — *Éléments d'une réforme parlementaire* (*Revue pol. et parl.*, t. 139, mai 1929, p. 175-184).
- ORLANDO (V.). — *Principes de droit public et constitutionnel*, trad. de l'italien par S. Bouyssy, in-12, Paris, 1902.
- ORTSCHEID (Albert). — *Essai concernant la nature de la codification et son influence sur les sciences juridiques, d'après le concept du Code de droit canonique*, thèse, Paris, in-8°, 1922.
- PAGES (H. de). — *De l'interprétation des lois*, Bruxelles, 2 vol. in-8°, 1925.
- PARTHENIU (César G.). — *Le droit social sur les choses. Essai sur la nature des propriétés collectives*, thèse, Paris, in-8°, 1908.
- PASCAUD (H.). — *Le Code civil et les réformes qu'il comporte*, in-8°, Paris, 1906.
- PÉCAUT. — *La crise de la loi et du contrat* (*Bulletin de la Société française de philosophie*, 1924).
- PERCEROU. — *A propos du livre d'Alvarez* (*Revue critique de droit et de jurisprudence*, 1905).
- PERITCH (J.). — *De l'unification du droit civil en Yougoslavie* (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1926, pp. 477-500).
- *Le droit international privé dans la Constitution serbe* (*Revue de droit intern.*, 1926).
- *Quelques particularités du droit civil yougoslave* (*Compte rendu de l'Acad. des Sc. morales et politiques* 1928, p. 274-280).
- PERREAU (Bernard). — *Compte rendu du livre de Gaston Morin, La loi et le contrat* (*Revue critique*, 1928, pp. 579-581).
- PERREAU (Camille). — *Rapport sur la question du contrat de travail* (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, p. 499-515 et 1906, p. 73-86).
- PERREAU (E. H.). — *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé* (*Rev. trim.*, 1911, t. X, p. 229).
- *Chronique législative de droit civil en 1910* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1911, p. 561).
- *A propos de la loi du 17 mars 1905 complétant l'article 103 Code commerce* (*Revue critique*, 1911).
- *A propos des « Notions fondamentales du droit privé »* (*Revue générale de droit*, 1912).
- *Les obligations de conscience devant les tribunaux* (*Revue trim. de droit civil*, 1913, pp. 505-561).

- Des atténuations par actes juridiques aux lois impératives et prohibitives (*Revue trim. de droit civil*, 1922, p. 291).
- *Technique de la jurisprudence en droit privé*, 2 vol., Paris, 1923.
- PIC (P.). — La réforme du Code civil et le nouveau Code du travail (*Revue trim. de droit civil*, 1911).
- Une loi de façade : le nouveau Code du travail, *Questions pratiques*, 1911.
- PICARD (Edm.). — De la confection vicieuse des lois en Belgique et des moyens d'y remédier (Pandectes belges, t. VI, (1881), p. IX-LXXXVI).
- Le droit nouveau (Introduction Pandectes belges, 1907).
- *Le droit pur*, Paris, 1914.
- *Les constantes du droit, Institutes juridiques modernes*, Paris, 1921.
- PICOT (G.). — *Histoire des Etats généraux*, 2^e éd., 5 vol., 1888.
- PIÉDELIÈVRE (R.). — Rapport sur les travaux de la sous-commission chargée d'examiner les articles 1164 à 1167 du Code civil français sur les effets des obligations dans leurs rapports avec les articles correspondants du Code civil italien (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1919, p. 79-106).
- PIERRE (Eugène). — *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, 6^e éd., Paris, 1920.
- Supplément au *Traité*, Paris, 1924.
- PILLET. — Le régime légal des étrangers mariés en France, rapport présenté à la Société d'études législatives le 10 juin 1909 (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1909, p. 449).
- *La méthode en droit international privé, Les méthodes juridiques*, Paris, 1911.
- *Traité pratique de Droit international privé*, 2 vol. in-4°, 1923-1924.
- PILON (Eustache). — *Réforme du Code civil par voie de révision générale, Livre du Centenaire*, t. II, 1904, pp. 935-951.
- PLANCK (Dr G.). — Zur kritik des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (*Archiv für die Zivilistische Praxis*, 1889).
- *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, t. I, 3^e éd., Berlin, 1903.

- PLANIOL (M.). — *Inutilité d'une révision générale du Code civil, Livre du Centenaire*, t. II, pp. 955-960.
- Les lois ignorées, Aperçu de quelques nouveautés législatives mal connues (*Revue critique*, 1911, t. LXXVIII, p. 157).
- Le Code civil français, *Grande Encyclopédie*, t. XI.
- *Traité élémentaire de droit civil*, 2 vol.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.). — *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Obligations, Paris, 1910, in-8°.
- PLEVEN (H. L.). — Un grand cabinet de « lawyers » à New-York (*Revue pol. et parl.*, septembre 1910).
- POLLOCK (Fred.). — *A first book of Jurisprudence*, London, 1904, 1 vol. in-8°.
- POTHIER. — Introduction aux « *Pandectae Justinianae in novum ordinum digestae* », 1748.
- *Commentaire de la coutume d'Orléans*, 1760.
- Projet de Code franco-italien des obligations et des contrats*. Texte définitif approuvé à Paris en octobre 1928, Paris, 1929, in-8°.
- PRUDHOMME (H.). — *Code civil italien*, 1 vol. in-8°, Paris 1896.
- RAPPOPORT (Stanislas). — Le problème de la codification des contraventions dans la législation polonaise (*Revue internationale de droit pénal*, 1910, p. 129-150).
- RAY (Jean). — *Essai sur la structure logique du Code Civil français*, thèse de lettres, Paris, 1926.
- REGELSBERGER. — *Gesetz und Rechtsanwendung, Ihering-Jahrbücher Für die Dogmatik des Bürgerlichen gesetzbuch*, t. 58, 1912, p. 151.
- REGNAUD (P.). — *L'origine des idées*.
- RENARD (Georges). — *Le Droit, la Justice et la Volonté*. Conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit, in-18°, Paris, 1924.
- *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*. Conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit, in-18°, Paris, 1925.
- REY (Ch.). — *La Commission américaine d'uniformité des lois d'Etats*, Paris, 1927.
- REYMOND (H.). — *Etudes sur les institutions civiles de la Suisse*, thèse, Genève, 1885.
- RIBEIL (Henri). — *De la caducité des propositions et des projets de lois*. Thèse, Paris, 1909.

- RIBCT (Alex.). — Notice sur le dernier congrès de l'Association des Sociétés sociales en Angleterre (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1874, p. 165.)
- RICHTER (L.). — *Der Einfluß eines Arbeiterschutzgesetzes*, *Deutsche Juristen Zeitung*, 1929.
- RIEDMATTEN (de). — Notice sur le mouvement législatif en Suisse (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1880).
- RIPERT (G.). — *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e éd., in-8°, Paris, 1927.
- RIVIÈRE (H.). — *De l'utilité d'une commission permanente pour le perfectionnement des lois*. Mémoire adressé au Ministre de la Justice, 1860.
- ROGUIN (Ern.). — *Conflits des lois Suisses, Commentaire du traité franco-suisse du 15 juin 1869*, Lausanne, 1891, 1 vol., in-8°.
- *Observations sur la codification des lois civiles*, Recueil publié par la Faculté de Droit de Lausanne, 1896.
- *La science juridique pure*, 3 vol., in-8°, 1923.
- ROSSEL (V.). — *Manuel du droit fédéral des obligations*, 2^e éd., 1 vol., in-8°, Paris et Lausanne, 1905.
- ROSSEL (V.) et MENTHA (E. H.). — *Manuel de droit civil suisse*, 3 vol., Lausanne, 1912.
- ROSSI (P.). — Observations sur le droit civil français dans ses rapports avec l'état économique de la Société (*Revue de législation* (Wolowski), 1840, t. XI, p. 5).
- ROUBIER (Paul). — Compte-rendu du livre de Josserand : *Essais de téléologie juridique, De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus du droit*. Bibliogr. Dalloz, 1927, p. 11-12.
- ROUGIER. — L'évolution du droit public suisse (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1900-1901, p. 161.)
- *L'évolution du droit public en Suisse, de 1869 à 1919. Livre du Cinquantenaire. Les transformations du Droit dans les principaux pays*. t. I, p. 295 et s. 1923.
- ROUME (J.). — *A propos de la méthode juridique*, thèse, Montpellier, 1922.
- ROUSSET. — De la lettre des lois ou de la codification rationnelle des lois (*Revue critique de légis. et de juris.*, 1856 et 1858).
- Des formules de rédaction des lois civiles (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1891).
- ROUX (A.). — *Les Observations du Tribunal d'Appel de Montpellier*

sur le projet de Code civil, *Leur esprit, leur influence*, Thèse, Montpellier, 1919, in-8°.

RÜMELIN. — *Der Vorentwurf zu einem Schweizerischem Zivilgesetzbuch, Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft*, t. 25, 1901.

SALADIE. — *Les sources du droit civil espagnol*, thèse, Toulouse, 1916.

SALEILLES (Raymond). — Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand (*Bull. Soc. lég. comp.*, t. XVIII, 1888-1889, p. 100-204 et 492 et s.).

- Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit (*Revue intern. de l'Enseign.*, 1890, t. XIX, p. 482-483).
- De la cession de dettes (*Annales de droit commercial*, 1890, p. 1-47).
- Compte rendu du livre de J. Unger, *Schuldübernahme* (Cession de dette) (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1890, p. 140-152).
- Un nouveau livre sur la cession de dettes (E. Caucemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, 1898), (*Ann. dr. comm.*, 1899, t. XIII, p. 82-4).
- De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 110 à 144), 1901.
- Observations présentées dans une discussion de la Société d'études législatives, sur les modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits de son travail et de son industrie et projet de loi (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1901-1902).
- Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse. Rapport présenté au XXI^e Congrès de la Société d'Economie sociale (*La Réforme sociale*, 1902, t. XLIV, p. 91).
- L'école historique et le droit naturel d'après quelques ouvrages récents de R. Stammler, F. Cény, L. Duguit, O. Bulow, L. von Savigny (*Revue trim. de droit civil*, 1902, t. I, p. 80 et s.).
- Préface à la thèse de Léon Lyon-Caen, *La femme mariée allemande, ses droits, ses intérêts pécuniaires*, Etude

de droit civil et de droit international privé allemand, thèse, Paris, in-8°, 1901.

Observations présentées dans une discussion à la Société d'Etudes législatives sur la protection et la tutelle des enfants naturels (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1903, t. II, p. 97 et s.).

— *Mélanges de droit comparé. I. Introduction à l'étude du droit civil allemand*, in-8°, 1904.

— La réforme de la licence en droit (*Revue intern. de l'Enseign.*, 1904, t. XLV II, p. 220-229).

— Les rapports du droit et de la sociologie (conférence faite à l'Ecole des Hautes Etudes sociales) (*Revue intern. de l'Enseign.*, 1904, t. XLV III, p. 420-422).

Le Code civil et la méthode historique, Livre du Centenaire, t. I, 1904, pp. 115-129.

Rapport préliminaire sur les questions relatives à la gestion des biens et à la capacité des aliénés (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1904, t. III, p. 262).

— Rapport général sur les travaux du Congrès international de droit comparé de 1900 (*Procès-verbaux des séances et documents*, t. I, Paris, 1905, p. 141-151).
Lettre envoyée à M. Lyon-Caen et lue à la séance du 27 octobre 1904 de la Soc. d'Et. lég. (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1905).

— Compte rendu des premiers travaux de la 1^{re} Sous-Commission de révision du Code civil (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, t. IV, pp. 247-251 et pp. 223-225).

— De l'abus de droit. Rapport présenté à la 1^{re} Sous-Commission de révision du Code civil (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, p. 225 et s.).

Conception et objet de la science du droit comparé. Rapport présenté au Congrès international de droit comparé de 1900 (*Procès-verbaux des séances et documents*, Paris, 1905, t. I, p. 167-189).

Rapport présenté à la 1^{re} Sous-Commission sur les Personnes juridiques (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1906).

Note sur le projet élaboré par la Commission relative au contrat de travail (distinction entre le louage de services et le louage d'ouvrage) (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1906, t. V, p. 497-503).

— Le partage et la transmission intégrale dans le Code civil suisse (*Revue trim. de droit civil*, 1909).

- La distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage. Rapport présenté à la 1^{re} Sous-Commission de révision du Code civil (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1911, t. X, p. 151 et s.).
- Règlement du passif héréditaire (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1911).
- Allocution prononcée le 22 novembre 1909, à l'ouverture des leçons faites au Collège libre des sciences sociales, sur : *Les méthodes juridiques*, 1911, p. XV-XXIV.
- Droit civil et droit comparé (*Revue intern. de l'Enseign.* 1911, t. LXI, p. 5-52 (deux leçons d'introduction faites à la Faculté de Droit de Paris, à l'ouverture du cours de droit comparé pour 1910-1911).
- La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada (*Revue trim. de droit civil*, 1911, p. 23).
- *L'individualisation de la peine*, Paris, 1927.
- SALVIOLI (Guiseppe). — Introduction au livre de Cosentini, *La Réforme de la législation civile*, Paris, 1912, 1 vol. in-4°.
- SANTA MARIA Y DE ROJAS (Vicente). — *Bref aperçu de l'évolution du droit privé en Espagne de 1869 à 1919, Livre du Cinquantenaire de la Société de législation comparée*, t. II, p. 159-171.
- SARIPOLOS (N.). — *La démocratie et l'élection proportionnelle Etude historique, juridique et politique*, thèse, Paris, gr. in-8°, 1899.
- SAUZAY. — *Essai sur les procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence française en droit civil*, thèse, Lyon, in-8°, 1904.
- SAVART. — Discours relatif au Comité de législation (*Annales parlementaires de Belgique*, 1856-1857, Débats du Sénat, séance du 16 mars 1857).
- SAVATIER. — *L'art de faire les lois, Bonaparte et le Code civil*, Paris, 1927, in-8°.
- SAVIGNY. — *Von Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechts wissenschaft*, Heidelberg, 1928, in-8°.
- *Traité de droit romain*, traduit par Guénaux, 8 vol. in-8°, Paris, 1840-1851.
- SCHERER. — *Principales différences entre le Code Napoléon et le*

- Code Guillaume II, en suivant l'ordre du Code Napoléon*, 2^e éd., in-8°, Paris, 1927.
- SCHIFFER (Eugen), Reichjustizminister. — *Die Deutsche Justiz. Grundzüge einer Durchgreifenden Reform*, 1928.
- SCHLEGELBERGER (Prof. Dr Franz). — *Rationalisierung der Gesetzgebung*, Berlin, 1927.
- SCHOLZ (Dr M. et R.). — *Die Innere Organisation des Reichstags. Der deutsche Reichstag, eine kurze Einführung in seine Arbeit und seine Organisation*, Berlin, 1929.
- SCHREIBER (Prof. Dr Georg.), M. de R. — *Die Arbeit des Reichstags, Der Deutsche Reichstag*, Berlin, 1929.
- SCHULTZ (Dr Heinrich), Senats-präsident, Professor. — *Die Reform des Bürgerlichen Gesetzbuches, Deutsche Juristen-Zeitung*, 1928, p. 47.
- SCHUMANN (R.). — *La théorie des obligations dans le Code civil tchécoslovaque*, thèse, Paris, 1927.
- SECRETAN (Roger). — *Le nouveau Code civil turc (Bull. Soc. lég. comp., 1927, p. 161-186).*
- SEDLACEK (Jaromir). — *La codification du droit civil en Tchécoslovaquie (Bull. Soc. lég. comp., 1927, p. 146-156).*
- SERVATIUS. — *Recht, Richterium und Ministerialbürokratie, Deutsche Juristen Zeitung*, 1910.
- SMITH (Carl). — *Gesetz und Urteil, Rheinische Zeitschrift*, 1915.
- SMITH PARKER. — *La vie politique et parlementaire en Angleterre (Revue pol. et parl., 1894, t. I, p. 458-468).*
- SOHM (Rudolph). — *Le Code civil français et le Code civil allemand. Mémoire présenté au Congrès international de droit comparé tenu à Paris en 1900 (Procès-verbaux des séances et documents, Paris, 1905, t. I, p. 261-262).*
- SOLARI (Cioele). — *L'Idea individuale et l'Idea sociale nel diritto privato*, t. I, *L'Idea individuale*, Torino, 1911.
- SOLDAN (Ch.). — *Le Code fédéral des Obligations et le droit cano-nal*. Recueil publié par la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, à l'occasion de l'Exposition nationale suisse, Genève, 1896, p. 117.
- SOREL (Albert). — *Introduction au Livre du Centenaire*, t. I, 1904, pp. XV-L.
- SOREL (Alex.). — *Compte rendu de l'ouvrage de Barthélemy Joubert, Essai sur la révision du Code civil, Le Droit*, 15 mars 1874.
- SPEYER. — *La réforme de l'Etat en Belgique*, Bruxelles, 1927, 1 vol. in-8°.

- STAMMLER. — *Theorie der Rechtswissenschaft*, Hale, 1911.
- STANDAERT. — Discours prononcé à la Chambre des Représentants de Belgique (*Annales parlementaires*, séance du mercredi 18 mai 1927).
- STATE (M.). — *Le standard juridique*, Paris, 1927.
- STATESCO (Eugène). — Projet de loi relatif à l'institution d'un Conseil législatif présenté au Sénat roumain pendant la session de 1885-1886, Craïova, 1921.
- STEPHEN (Henry, John). — *Commentaries of the laws of England*, 19th edition, 4 vol. in-8°, London, 1928.
- STUART MILL. — *Le gouvernement représentatif*, traduit par Dupont-White, Paris, 1862.
- *Système de logique*, trad. par Peisse Louis, Paris, 2 vol. in-8°, 1889.
- SUMMER-MAINE. — *Etudes sur l'histoire du droit*, trad. de l'anglais par Kerallain, in-8°, 1888.
- TANON. — *L'évolution du droit et la conscience sociale*, 1 vol. in-8°, Paris, 1900.
- TARBOURIECH (E.). — Du Conseil d'Etat comme organe législatif (*Revue du droit public et de la science politique*, t. II, p. 262-285).
- TERRY (Henry I.). — Duties, rights and wrongs (*American Bar Association Journal*, 1924).
- THALLER (E.). — *De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial*, Livre du Centenaire, 1904.
- Rapport présenté à la Société d'Etudes législatives relativement à la révision du Code civil belge (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1904).
- Préface au *Traité de droit commercial* de Cosak, t. I, Paris, 1904.
- La loi du 28 décembre 1910 (*Ann. de droit com.*, 1911).
- THIBAUT. — *Über die Nothwendigkeit einen allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814.
- THIERRY (Amédée). — Mémoire sur l'administration centrale sous l'Empire romain (*Revue critique de légis. et de juris.* 1845, t. XVIII).
- TILCH (Emmanuel). — Le Code civil général autrichien, son origine et son développement (à l'occasion de son centenaire), (*Revue de droit international et de législation comparée*, t. XIII, 1911).

- TISSIER (A.). — Rapport sur la question des droits et obligation de la femme quant aux biens et aux produits de son travail (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1901-1902, p. 26 et s.).
- Rapport relatif à l'extension des causes du divorce (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1906).
- Le projet de réforme du Code de procédure italien (*Revue trim. de droit civil*, t. IX, 1910, p. 567-581).
- L'élaboration technique du droit privé positif (*Revue trim. de droit civil*, 1922, p. 851).
- Rapport sur une demande d'avis de M. le Carde de Sceaux à la Société d'Etudes législatives (*Eull. So Et. lég.*, 1922-1923).
- TITULESCO (N.). — Comment nous devons comprendre l'éducation juridique (*Curierul judiciar*, 27 mars 1906).
- *Essai sur une théorie générale des droits éventuels* thèse, Paris, 1907.
- TOURTOULON. — *Les principes philosophiques de l'histoire du droit* Paris et Lausanne, 1908, 1 vol. in-8°.
- Transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919)*, *Livre du Centenaire de la Société de législation comparée*, 2 vol., Paris, 1922-1925.
- TRASBOT. — *L'acte d'administration en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1920.
- TRUCHY (Henri). — Le contrat de travail, Société d'Etudes législatives, séance du 13 décembre 1906 (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1906).
- VADASZ (Emeric). — Le projet de Code civil hongrois (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1928).
- VALLÉ (Ernest). — Discours prononcé le 22 décembre 1904 à l'occasion de la première réunion de la commission extraparlamentaire de réforme du Code civil (*Bull. Soc. Et. lég.*, 1905, p. 180-181).
- VALLIMARESCO (Alexandre). — *La justice privée en droit moderne* thèse, Paris, 1926.
- VALLOIR (Jean). — *Essai sur la notion d'actes à titre gratiut*, thèse Rennes, 1919.
- VAN BEMMELEN (P.). — *Les Notions fondamentales du droit civil*, Amsterdam, 1892, 1 vol., in-4°.
- VAN DEN BOSCH. — *Contre l'institution du Conseil d'Etat législatif* (discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de la Conférence française du Jeune Barreau de Gand, 4 nov. 1890).

- *Le régime parlementaire en Belgique* (discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'Université de Gand, le 20 oct. 1925, Belgique judiciaire, 1925, p. 546-557).
- VAN DER EYCKEN. — *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907.
- VAN HOOREBEKE. — *La réforme parlementaire*, 1929.
- VAN KAN (J.). — *Les efforts de codification en France, Etude historique et psychologique*, in-8°, Paris, 1929.
- VAN ZUYLEN (Albert). — De l'institution du Conseil d'Etat en Belgique. *La Belgique judiciaire*, 5 fév. 1880.
- VARAGNAC. — Le Conseil d'Etat (*Revue des Deux-Mondes*, 1892).
- VAUTHIER (L.). — Le droit et la sociologie (*Revue intern. de sociologie*, 1909).
- VAUTHIER (Maurice) — Le parti socialiste et le régime parlementaire en Belgique, extrait de *La Revue de l'Université de Bruxelles*, in-4°.
- VAVASSEUR (A.). — *Traité des sociétés civiles et commerciales* (avec formules), 2^e éd., 2 vol., in-8°, Paris, 1878.
- VECCHIO (G. del). — Essai sur les principes généraux du droit. Leçons d'introduction au cours de philosophie du droit professé à l'Université royale de Rome (13 déc. 1920), trad. par Demontes (E.), (*Rev. critique de lég. et de jurisprudence*, 1925, p. 153 et 231).
- VIVANTE (C.). — Un Code unique des obligations (*Ann. de Droit commercial*, 1893, p. 1-21).
- VIVIEN. — Rapport présenté à l'Assemblée Nationale au nom de la Commission chargée de préparer un projet de loi sur le Conseil d'Etat, séance de l'Assemblée nationale du 10 janv. 1849 (*Journal universel*, janv.-mars 1849).
- VOIRIN (Pierre). — Notes parlementaires de droit civil du 14 nov. 1929 au 13 fév. 1930 (*Rev. trim. de droit civil*, janv.-mars 1930).
- DE VOLDER (J.). — Rapport au roi précédant l'arrêté royal du 15 novembre 1884.
- WAHL (Albert). — *Préface au traité de droit commercial de Vivante*, t. I, 1910.
- *Précis de droit commercial*, Paris, 1922.
- WECK (Hermann). — *Die Sprache im Deutschen Recht*, 1913.
- WEISS. — *La propriété scientifique*, Société des Nations, Institut international de coopération intellectuelle, 1929.

WOLF (Martin). — Compte-rendu du livre de SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, *Goldschmidt Zeitschrift für das Handelsrecht*, Stuttgart, 1902.

X... — Trop de lois (*Revue politique et parlementaire*, 1913).

XENI (Const.). — *Problema unificarii legislative*, *Curierul Judiciar*, 15 janv. 1928).

ZITTELMANN (E.). — *Internationales privatrecht*, 4 vol., in-4°, Leipzig, 1897-1912.

— *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1 vol., in-4°, Leipzig, 1900.

— *Die Kunst der Gesetzgebung*, 1904.

— Des différents rôles et de la portée à attribuer au droit comparé. Rapport présenté au Congrès international de droit comparé, tenu à Paris en 1900, *Procès-verbaux des séances et documents*, Paris, t. I, 1905, p. 189-198.

TABLE DES MATIÈRES

LIVRE PREMIER

PARTIE GÉNÉRALE

Chapitre premier. — Technique juridique.....	3
1. Généralités	3
2. Historique	4
3. Ce qu'elle est aujourd'hui. — Discussions théoriques.....	5
4. Différentes sortes de techniques.....	8
Chapitre II. — Technique législative.....	9
5. Ce que c'est. — Ses différentes fonctions.....	9
6. Son importance	11
7. En quoi consistera-t-elle dans l'avenir ?.....	13
8. Rapports avec la jurisprudence et la doctrine.....	14
9. Comment se fera la révision des Codes ?.....	19
10. Peut-on arriver à l'unité ?.....	22
11. Révision générale ou spéciale. — Avantages et inconvénients	25
12. Conclusion	29

LIVRE II

TECHNIQUE LÉGISLATIVE EXTERNE

13. Généralités.....	33
Chapitre premier. — Le Parlement.....	36
14. Généralités	36
I. Organisation du Parlement.....	38
15. Généralités.....	38
16. Différents systèmes. — Le Parliamentary counsel of the treasury.....	39
II. Résultats du travail du Parlement.....	46
17. Généralités	46
18. Défauts. — Etude comparée.....	47
III. Causes	57
19. Généralités	57
19bis. Abaissement de la valeur individuelle des parlementaires	58
20. Son caractère politique ne se concilie pas avec la technicité des lois.....	60
21. Le trop grand nombre d'initiatives, et le caractère non-permanent des Commissions.....	62

22. Mauvaise organisation du travail en séance publique.	
Amendements	65
23. Conclusion	70
IV. Façons d'y remédier	71
24. Généralités	71
25. Procédure employée lors du vote des Codes. — Etude comparée	72
26. Remèdes à apporter dans la procédure habituelle.	
— Rôle des techniciens.....	77
27. Faut-il renverser l'ancien système d'élections.....	81
28. Différenciation des organes du pouvoir législatif.	
— Avantages	82
29. Conclusion	85
Chapitre II. — Bureaux ministériels	90
30. Généralités	90
I. Elaboration des projets gouvernementaux	91
31. Commissions et bureaux.....	91
32. Les Commissaires	93
33. Façon dont fonctionne le système.....	95
34. Résultats obtenus	100
II. Remèdes à apporter	102
35. Rôle du ministère de la Justice dans l'élaboration des lois	102
36. Besoins d'un Conseil législatif collaborant au travail du ministère de la Justice	104
Chapitre III. — Les Commissions	107
I. Leur importance	107
37. Généralités	107
38. Rédacteur unique ou commission.....	108
II. Conditions nécessaires pour améliorer leur rendement.....	111
39. Quant à leur composition.....	112
40. Quant à leur méthode.....	120
41. Conclusion	121
Chapitre IV. — Le Conseil législatif	123
42. Généralités	123
I. Nécessité d'un tel Conseil.....	124
43. Intérêt que présente cette intervention.....	124
44. Rapports du Conseil avec le pouvoir législatif et les ministres	128
II. Son existence dans les différents pays.....	131
45. Rôle du Conseil d'Etat français.....	131
46. Le Parliamentary Counsel.....	133
47. Conseil législatif en Belgique.....	134
48. Système espagnol	136
49. Système suivi en Serbie, Pologne.....	137
50. Conseil législatif roumain.....	138
III. Caractères et composition.....	140
51. Caractères	140
52. Composition	143
IV. Son fonctionnement et son avenir.....	148
53. Fonctionnement	148
54. Avenir	153
Chapitre V. — L'Information	155
55. Généralités	155
1. Rôle de l'information dans les principaux Codes civils modernes	158
46. Code civil français	158

57. Code civil italien.....	159
58. Code civil allemand.....	160
59. Code civil suisse.....	162
60. Conclusion	164
II. Moyens propres à assurer une bonne information.....	166
61. Généralités	166
A) Organes d'information intervenant en droit interne.....	166
62. Organes officiels	166
63. Organes non officiels	173
B) Organes d'information intervenant en droit comparé.....	180
64. Généralités	180
65. Organes officiels	181
66. Organes non officiels.....	185
C) Organes d'information intervenant en droit international.....	189
67. Institut international de droit privé.....	189
68. L'académie internationale de droit comparé.....	190
69. Conclusion	192

LIVRE III

TECHNIQUE LEGISLATIVE INTERNE

70. Généralités	197
-----------------------	-----

PREMIERE PARTIE

Chapitre premier. — Nécessité d'un Code	201
71. Généralités	201
72. Ses différentes fonctions	202
73. Importance politique	206
74. Importance juridique	212
75. Conclusion	221
Chapitre II. — Les facteurs politiques dans le Code civil	223
76. Généralités	223
I. Rôle du droit local et du droit général dans le Code	226
77. Généralités	226
78. Principaux cas de renvoi dans les pays confédérés.....	228
79. Importance du caractère unitaire du Code.....	230
II. Etude des facteurs politiques dans les différents Codes civils modernes	232
80. Généralités	232
A) Code civil français.....	232
81. Principes de liberté et d'égalité.....	232
82. Lacunes du Code.....	235
B) Code civil allemand	238
83. Principes de liberté et d'égalité. — Importance du facteur social	238
84. Rôle de la personnalité. — Protection sociale.....	240
C) Code civil suisse	242
85. Importance des principes de liberté et d'égalité.....	242
86. Valeur accordée à la personnalité naturelle et juridique	244
87. Importance du côté social dans le droit.....	245

D) Code civil brésilien.....	247
88. Principes de liberté et d'égalité.....	247
89. La personnalité dans le Code.....	249
90. Conclusion	251
E) Code civil soviétique.....	252
91. Son importance	252
92. L'omnipotence de l'Etat.....	253
93. Destruction de la famille.....	257
94. Caractère politique proprement dit du Code.....	258
III. Conclusion	259
95. Aperçu général	259
Chapitre III. — Les facteurs économiques dans le Code.....	263
96. Idées générales	263
I. Eléments économiques intervenant dans le Code civil.....	265
97. Leur importance dans le Code civil.....	265
98. Le contrat de travail.....	267
II. Etude des facteurs économiques dans les différents Codes civils modernes	270
A) Code civil français.....	270
99. Principe de liberté	270
100. Protection des tiers.....	273
101. Contrat de travail.....	279
102. Autres éléments économiques du Code.....	281
103. Conclusion	284
B) Code civil allemand	285
104. Principes de liberté et protection des parties.....	285
105. Contrat de travail.....	288
106. Importance de la personnalité juridique	289
107. Formes nouvelles de la propriété.....	290
108. Protection des tiers. Son importance.....	291
109. Autres facteurs économiques dans le Code civil.....	297
C) Code civil suisse.....	298
110. Généralités	298
111. Principe de liberté dans le Code. Son importance... ..	299
112. Protection des tiers. Son importance.....	302
113. Les meubles et les nouvelles formes de crédit.....	310
114. Contrat de travail.....	314
115. Conclusion	317
D) Code civil brésilien.....	318
116. Liberté des parties et protection des tiers.....	318
117. Rapports contractuels existant en matière de travail	320
118. Théories nouvelles consacrées par le Code.....	321
E) Code civil soviétique.....	324
119. Eléments économiques nouveaux et leur valeur....	324
F) Projet franco-italien des obligations.....	326
120. Idées générales	326
121. Liberté des parties et protection des tiers.....	326
122. Contrat de travail.....	328
123. Autres facteurs économiques.....	329
III. Conclusion	331
124. Aperçu général	331
Chapitre IV. — Les facteurs idéaux dans le Code.....	333
125. Généralités	333
I. Difficultés qui s'opposent à l'acceptation de telles règles...	335
126. La règle morale est imprécise.....	335
127. Le législateur n'est pas un moraliste.....	336
128. Dans quelle mesure ces éléments interviennent-ils en fait?	337

II. Etude des facteurs idéaux dans les différents Codes civils modernes	339
A) Code civil français.....	339
129. Facteurs idéaux en matière de conventions et de droit de famille.....	339
130. En matière d'enfance.....	347
131. L'abus du droit.....	351
132. La responsabilité	354
133. Conclusion	354
B) Code civil allemand.....	355
134. L'importance du facteur idéal dans B. G. B.....	355
135. Protection de la personnalité.....	356
136. Famille	358
137. L'enfance	363
138. Abus de droit.....	367
139. Usure	357
140. Responsabilité	358
141. Conclusion	360
C) Code civil suisse	36
142. Valeur toute nouvelle de cette notion.....	6
143. Protection de la personnalité.....	362
144. Famille	365
145. L'enfance	370
146. L'abus de droit.....	387
147. Usure	389
148. Responsabilité	390
149. Droit d'auteur	393
150. Conclusion	393
D) Code civil brésilien	395
151. Intérêt du facteur idéal dans cette nouvelle législation	395
152. Famille	396
153. L'enfance	398
154. L'abus de droit et la responsabilité.....	399
155. Droit d'auteur	400
156. Conclusion	401
E) Code civil soviétique.....	401
157. Idées nouvelles consacrées en cette matière.....	401
158. L'enfance	402
159. Famille	405
160. Abus de droit.....	407
161. Usure	408
162. Responsabilité	409
163. Conclusion	410
F) Projet franco-italien des obligations.....	410
164. Intérêt que présente cette étude.....	410
165. Abus de droit. Usure et responsabilité.....	411
166. Conclusion	412
III. Facteur moral en matière de législation spéciale non encore codifiée	412
167. Ce que cette étude comprend.....	412
168. L'usure	413
169. L'imprévision	414
170. Droit d'auteur	416
IV. Conclusion	421
171. Aperçu général	421
Chapitre V. — Facteurs juridiques dans le Code.....	424
172. Généralités	424
1. Les sources	428
173. Leur importance	428
174. Droit romain	429

175. La Coutume	437
176. Science juridique. — Son rôle dans la formation et l'évolution des Codes.....	445
177. Tradition historique. — Son importance dans les Codes civils français, allemand, suisse.....	452
II. Contenu d'un Code.....	461
178. Nature et étendue.....	461
A) Règles de droit public dans un Code civil.....	464
179. Intérêt de la question.....	464
180. En matière des Personnes	465
181. En matière de la Propriété	468
182. En matière de Conventions	470
183. Difficultés qui en résultent au point de vue de la technique	470
184. Conclusion	471
B) Règles de droit international privé dans le Code civil.....	472
185. Idées générales	472
186. Code civil français.....	473
187. Code civil allemand.....	474
188. Code civil suisse.....	475
189. Code civil brésilien.....	475
190. Avant-projet du Code civil tchéco-slovaque.....	476
191. Importance de telles règles dans le Code civil et discussions qu'elles soulèvent.....	476
C) Règles de droit commercial dans le Code civil.....	479
192. Idées générales	479
193. Code civil français.....	479
194. Code civil allemand.....	480
195. Code des obligations suisse.....	481
196. Code civil brésilien.....	482
197. Avant-projet de Code civil tchéco-slovaque et Code soviétique	482
198. Difficultés qui empêchent l'unité et leur valeur.....	483
D) Règles de droit pénal dans le Code civil.....	486
199. Intérêt de cette étude.....	486
200. La séparation du droit pénal et du droit civil est relativement moderne	486
201. Exceptions qui subsistent et leur légitimité.....	487
202. Justice privée et légitime défense.....	488
E) Règles de procédure dans le Code civil.....	489
203. Idées générales	489
204. Code civil français.....	489
205. Code civil allemand.....	491
206. Code civil suisse.....	492
207. Questions que de telles règles soulèvent.....	493
F) Conclusion	494
208. Degré de développement des règles intervenant dans le Code civil.....	494
III. Qualités d'un Code civil.....	495
209. Généralités	495
A) Qualités de forme et de fond dans un Code.....	496
210. Ce que nous étudierons sous ce titre.....	496
211. Importance de ces qualités. — Historique.....	496
212. La clarté	497
213. La précision	498
214. Intégralité du Code.....	500
215. Caractère pratique et logique.....	502
216. Code civil français.....	505
217. Code civil allemand.....	508
218. Code civil suisse.....	510
218bis. Conclusion	511

B) Plan	512
219. Son importance dans le Code	512
220. Partie générale dans le Plan	514
221. Différentes matières devant exister dans un plan	516
222. Place à accorder aux dispositions de droit international privé et au droit d'auteur	518
223. Code civil français	519
224. Code civil allemand	522
225. Code civil suisse	526
226. Conclusion	528
IV. Conclusion	529
227. Aperçu général	529

DEUXIEME PARTIE

228. Ce qu'elle contient	531
Chapitre premier. — Nature des préceptes légaux	535
229. Généralités	535
230. Unité du Code	535
231. Intégralité	529
232. Conclusion	540
I. Nature propre des préceptes légaux et moyens par lesquels ils s'expriment	541
233. Ce qu'elle contient	541
A) Nature proprement dite des dispositions légales	541
234. Le caractère pratique est-il toujours possible dans le Code ?	541
235. Quelle est la valeur des dispositions énonciatives ..	543
236. Dispositions à caractère purement doctrinal	544
237. Conclusion	545
238. Code civil français	545
239. Code civil allemand	548
240. Code civil suisse	549
240bis. Conclusion	550
B) Toutes les parties de la loi ont-elles une même valeur ? ...	550
241. Titre	550
242. Notes marginales	553
243. Renvois dans le Code civil français, Code civil allemand, Code civil suisse	554
244. Conclusion	561
C) Eléments matériels qui complètent la loi	561
245. Evolution accomplie en cette matière	561
246. Le préambule	562
247. Le commentaire	563
248. Les travaux préparatoires	565
249. Conclusion	570
II. Ton des formules légales et caractères qui leur sont propres	571
250. Idées générales	571
A) Supplétif ou impératif	574
251. Règles constructives. — Besoin d'y employer la forme impérative	574
252. Règles normatives. — Besoin d'y employer la forme supplétive	576
253. Rapports qui existent entre elles	578
254. Code civil français	581
255. Code civil allemand	583
256. Code civil suisse	585
256bis. Conclusion	586

B, Concret ou abstrait.....	587
257. Idées générales	587
258. Caractère concret de la loi. — Historique.....	588
259. Caractère abstrait de la loi. — Historique.....	589
260. Insuffisance de l'abstraction.....	590
261. Incompréhensibilité des notions auxquelles elle s'applique	591
262. Dans quelle mesure ces deux caractères doivent-ils intervenir dans la loi.....	592
263. Code civil français.....	593
264. Code civil allemand.....	595
265. Code civil suisse	599
266. Conclusion	601
C) Spécial ou général.....	602
267. Idées générales	602
268. Historique	603
269. Besoins auxquels répondent ces deux caractères aujourd'hui	604
270. Spécial. Ce que c'est. Distinction avec casuistique..	606
271. Mesure dans laquelle il paraît nécessaire.....	606
272. Général. Ce que c'est.....	610
273. Dangers qui en résultent.....	611
274. Avantages	611
275. Matières juridiques où il intervient.....	614
276. Code civil français.....	619
277. Code civil allemand.....	623
278. Code civil suisse	627
279. Conclusion à l'étude comparée.....	629
280. Conclusion au caractère général ou spécial.....	632
281. Conclusion générale	633
III. Rôle de la jurisprudence dans l'application du texte légal..	634
282. Idées générales	634
283. Rôle historique. — Evolution accomplie en cette matière	635
284. L'importance de sa fonction dans le droit moderne..	638
285. Code civil français	649
286. Code civil allemand.....	651
287. Code civil suisse	654
288. La question des pouvoirs du juge ne peut être résolue d'une façon générale.....	657
289. Conclusion	658
Chapitre II. — Procédés légaux.....	660
290. Idées générales	660
I. Présomption	662
291. Idées générales	662
292. Importance historique de la présomption.....	663
293. Nature de ce procédé et matières où il intervient....	665
294. Légitimité et besoin de preuve contraire.....	670
295. Code civil français.....	675
296. Code civil allemand.....	678
297. Conclusion	680
II. Fiction	681
298. Idées générales	681
299. Importance historique de cette notion.....	681
300. Nature et matières où elle intervient.....	683
301. Légitimité de ce procédé dans la législation et dans la science du droit.....	688
302. Code civil français.....	697
303. Code civil allemand.....	701
304. Conclusion	704
III. Définition	704
305. Idées générales	704

306. Rôle historique	705
307. Sa nature	706
308. Sa légitimité et les dangers auxquels elle donne lieu dans la loi moderne	710
309. Code civil français	717
310. Code civil allemand	721
311. Conclusion	723
IV. Classification	724
312. Idées générales	724
313. Importance historique de la classification dans la formation du droit	725
314. Nature de ce procédé	726
315. Légitimité de son intervention en matière de doc- trine et de législation	731
316. Conclusion	733
V. Langage	736
317. Idées générales	736
A) Rôle historique	738
318. Rôle historique du langage	738
B) Sa nature	745
319. Idées générales	745
320. Double fonction du langage	746
321. Comment se réalise-elle ? Par l'emploi de mots et de constructions	748
322. Dangers qui peuvent en résulter	749
C) Ses caractères	750
323. Idées générales	750
324. Caractère technique	751
325. Langage juridique	752
326. Langage populaire	760
327. Qualités littéraires. — Idées générales	770
328. Qu'entend-on par qualités littéraires ? Quelles sont ces qualités ?	771
329. Caractère national du langage	778
330. Code civil français	785
331. Code civil allemand	792
332. Code civil suisse	797
333. Conclusion	800
VI. Conclusion générale	801
Conclusion	803
Tables bibliographiques	809

Bordeaux. — Imprimerie J. Bière. 18, rue du Peugue. — 1930.

ERRATA

<i>Pages</i>	<i>Lignes</i>	<i>Au lieu de</i>	<i>Lisez</i>
4	7	objets propres	objet propre
17	12	l'égalité	légalité
37	11	de cession en cession	de session en session
46	28	renvoi 1	renvoi 3
50	28	Benthan	Bentham
52	9	punctuée... divisée	punctués... divisés
54	3	opinions.	opinions;
58	13	l'abstention au parlement	l'abstention du parlement
60	23	spécialités	spécialité
64	9	y sont souvent	ils sont souvent
81	4	ils soutiennent au besoin	ils soutiennent le besoin
84	3	secondaire;	secondaire »;
99	3	nécessaire	nécessaires
108	12	intellectuel	individuel
115	14	;	;
129	23-24	supériorité	supériorité
136	17	éminents.	éminents ».
142	8	si nous nous arrêtons à nouveau	si nous nous y arrêtons à nouveau
173	5	organes officiels	organes inofficiels
174	11	renvoi 72	renvoi 1
174	13	renvoi 73	renvoi 2
179	24	renvoi 95	renvoi 3
216	6	besoin,	besoin;
234	6	de classe	de classes
244	9	fondations... de familles	fondations... de famille
257	4	renvoi 115	renvoi 1 (annuler renvoi 1 existant)
259	23	expression des théories	expression de théories
266	33	de sociétés	des sociétés
271	13	art. 387	art. 1387
272	30	en matière contract	en matière de contrats
276	27	art. 254	art. 954
283	8		renvoi 2 [après : (art. 1964 al. 4)], (effacer renvoi 2 existant)
286	3	ses	ces
295	24	épreuve spéciale	preuve spéciale
325	15	sociétés par action	sociétés par actions
327	4-5	liquidées	liquides
327	26	néglige	n'exige
339	30		renvoi 2 (après : sur le droit »)
346	5-6	survivraient	survivaient
367	7	Constitution.	constitution ».
372	23	renvoi 1	renvoi 5
374	2	renvoi 3	renvoi 1 (placer renvoi 3 ligne 5 après interdit)
390	7	inexpérience.	inexpérience ».
391	14	art. 329	art. 829
393	3	effective	efficace
400	13		(supprimer art. 189)
409	24	l'entourage;	l'entourage »;
426	20-21	éléments de formes	éléments de forme
431	21	valables.	valables ».

<i>ages</i>	<i>Lignes</i>	<i>Au lieu de</i>	<i>Lisez</i>
431	21	valables.	valables ».
434	30	entre eux nous	entre eux; nous
437	23	, il	. il
438	13	renvoi 1	renvoi 3
446	29	renvoi 2	renvoi 3
450	1	renvoi 2	renvoi 1
458	11		renvoi 1 (après : national) (remplacer les renvois 1, 2, 3 par 2, 3, 4)
460	15	, il	. il
462	2	une	un
469	3		renvoi 1 (après : droit pu- blic) (remplacer les ren- vois 1, 2 par 2, 3)
471	26	renvoi 2	renvoi 3
473	10		renvoi 1 (après : disposi- tions) (annuler renvoi 1 existant)
475	13		renvoi 2 (après : art. 59) (remplacer renvoi 2 existant par 3)
493	24	renvoi 149bis	renvoi 1
496		renvois 3, 4	renvois 2, 3
527	25		renvoi 1 (après : peuple) « (remplacer les renvois 1 et 2 existants par 2, 3)
535	10		renvoi 2 (après : régle- menter)
538	30		renvoi 3 (après : res- trictives)
545	9		renvoi 1 (après : besoins)
553	3	tels	telle
558	26	rédactions	rédacteurs
560	13		renvoi 1 (après : renvoi ») (remplacer renvois 1, 2 existants par 2, 3)
581	18	hors de là, elles	hors de là, « elles
583	9	renvoi 3	renvoi 1
607	10	disaient-ils, neque	disaient-ils, « neque
629	14	direction	directive
648	13	renvoi 156	renvoi 3 (remplacer ren- voi 3 existant par 4)
659	6	forme	fond
668	13	le caractère domine	le caractère fictif domine
746	1	330 (en tête)	320
762	14		renvoi 1 (après : l'Ecole naturelle). (remplacer les renvois 1, 2, 3, 4 exis- tants par 2, 3, 4, 5)
777	23	Art. 2273	Art. 2279
784	4		b » (en tête)
785		dictinguées	distinguées
787	1		renvoi 1 (après : incons- cient) (remplacer renvoi 1 existant par 4)
798	13		renvoi 1 (après : les mê- mes idées)
802	1	de leur accorder	à leur accorder
806	30	Ayons trop osé	avons trop osé

RÉFÉRENCES

<i>Pages</i>	<i>Notes</i>	<i>Au lieu de</i>	<i>Lisez</i>
10	3	Well kuown	well known
12	5	Summer Maine	Summer Maine
14	4	Vander Eycken	Van Der Eycken
15	1	1920	1908
15	3	code de loi civile	code de droit civil
18	2	si loignée	si éloignée
21	princ	celle qui se réfère	celles qui se réfèrent
22	1	Deutsche Oesterrischische	Deutsche Osterreichische
24	princ	Consentini	Cosentini
24	3	Lucien Brune	Lucien Brun
40	3	Bravard, Veyrières	Bravard Veyrières
41	2	élu	élues
44	3	Standin Committees	Standing Committees
52	3	beauté et harmonie;	beauté et harmonie »;
54		note 3	note 2 et inversement
54	2	wrougs	wrongs
		of orm	of form
68	1	démocraties;	démocraties »;
75	6	note 145	<i>op. cit.</i>
77	2	note 71 et 72	<i>op. cit.</i>
77	5	travail législatif au Reich-	travail législatif au Reich-
		stag,	tag ».
82	2	G. Vanden Bossch	G. Van Den Bosch
86	1	à soumettre le pouvoir	à remettre le pouvoir
		législatif	législatif
95	2	l'interchangeabilité	« l'interchangeabilité
99	princ	1904	1911
105	4	to keep there	to keep them
106	1	p. 69 et s.	<i>op. cit.</i>
110	4	Reinische Zeitschrift	Rheinische Zeitschrift
117	2	séances et commissions	séances des commissions
		élues	élues
118	1	Revista delCodigo civil	Revista de derecho civil
121	2	norkommission	vorkommission
124	2	Débats à la Chambre Na-	Débats de l'Assemblée
		tionale des Députés	Nationale Constituante
			des Députés
128	1	langage.	langage ».
130	2	V. note p. 122	V. notes p. 124
142	2	revue	prévue
149	1	V. note 4, p. 126	V. p. 130, n. 2
150	2	V. p. 128, n. 2	V. p. 130, n. 2
161	6	avons rapporté	avoir rapporté
175	2	droit des obligations com-	droit commun des obli-
		munes	gations
175	3	192	1921
178	4	sociale (1922).	sociale » (1922).
183	princ	avié	avis
		Soscets	Société
186	3	en abandonnent	en abandonnant
192	1	Barreau	bureau
218	3	note 3	note 1 p. 219 et invers.
220	1	code civil allemand	droit civil allemand
223	2	Lohm	Sohm
227	princ	Hervé L. Pleveu	Hervé L. I leven
243	3	sont toutes	ont toutes
247	1	vu	vue
272	2		p. 970 et s.
342	1	Travail, Bull.	travail », Bull.
365	2	entretien	entretien;
366	4	que le développement	que « le développement

<i>Pages</i>	<i>Notes</i>	<i>Au lieu de</i>	<i>Li.e:</i>
438	3	V. note 1, p. 135	V. <i>op. cit.</i>
446		notes 1, 2, 3	2, 3, 1
452	1	artiste	arrétiste
452	2	Yanon	Tanon
460	2	exclusivement :	exclusivement : «
467	1	loi d'Inst (art. 23)	loi d'Intr. (art. 29)
472	1	ajoute le caractère	ajoute « le caractère
474	2	1980	1890
483	1	1967	1867
		1830	1930
578	2	constate que le législateur	constate que « le législateur
578	3	p. 580	p. 574
698	4	v. note 70bis de plus haut	v. p. 688, n. 3
781	1	de s'immisce	ne s'immisce
786	3	s'est trouvée dépaycée	s'est trouvée si dépaycée
797	1	note n° 284	note 5, p. 796

